الدكتور محمد عبد المنعم بدر
أستاذ القانون الروماني
بكلية الحقوق

القانون الروماني

الكتاب الثاني
في
الأموال

القاهرة
مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر
١٩٣٨

اهداءات ٢٠٠١

ا.د/ المرحوم زكى على

القاهرة

الكتاب الثاني

في

الأموال

الأشياء . الملكية ووضع اليد على الأشياء المادية .
صور الملكية المختلفة . أسباب اكتساب الملكية .
دعوى الاسترداد ودعوى الملكية البريتورية .
حقوق الارتفاق .



مقـــــدمة

فى الأشياء والثروة أو الذمة

---

§ ١ — فى تعريف الأشياء وأقسامها

١٩٢ — **تعريف الشىء والمال** : الشيء (res, chose) هو كل ما هو موجود فى الكون ، سواء كان من الأشياء الجامدة أو الأشياء الحية ، على أن له فائدة للانسان . والمال (bien) ، ويطلق عليه فى القانون الرومانى لفظ (res) أيضا ، فى اصطلاح القانون هو كل شيء نافع للانسان يصح أن يستأثر به شخص دون غيره ، وبعبارة أخرى يملكه . وليس كل شيء مالا ، لكن كل مال شيء ، فالشيء جنس والمال نوع منه . فكل ما هو كائن فى الوجود شيء كذا الشمس والقمر والهواء والبحار والأنهار والنبات والانسان والجماد . وكلها نافعة للانسان لكنها لا تعد مالا ، إذ المرء لا يستأثر إلا بالقليل منها وهذا هو المال .

ويقسم القانون الرومانى الأشياء إلى قسمين :

(١) أشياء داخلة فى دائرة التعامل (res in commercio) .

(٢) أشياء خارجة عن دائرة التعامل (res extra commercium) .

١٩٣ — **أولا : الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل** (res extra commercium) : هى الأشياء التى لا يمكن أن تكون موضوع تصرف قانونى وبالتالى لا يمكن امتلاكها أو أن تكون محل ملكية فردية . وهذه الأشياء يمكن تقسيمها تقسيما ثانويا إلى :

١ — أشياء خارجة عن دائرة المعاملات لتعلق حق الآلهة بها (res divini juris)

٢ — أشياء خارجة عن دائرة المعاملات لتعلق حق العباد بها (res humani juris).

فالأولى هى : (ا) الأشياء المقدسة (res sacræ) وهى المخصصة لعبادة الآلهة العليا (dii superi) مثل الهياكل والمعابد وأدوات العبادة .

(ب) والأشياء الدينية (res religiosæ) وهى المخصصة للآلهة الدنيا (dii inferi) ، وهم آلهة المنزل من الأجداد والأسلاف ، ومثلها المقابر . فالأرض التى يوجد بها القبر تصبح دينية وتخضع بذلك لقواعد خاصة ، فلا يمكن الاعتداء عليها ولكل فرد رفع دعوى انتهاك حرمة القبور على من يعتدى عليها .

(حـ) ويضاف إلى هذين النوعين الأشياء المحروسة أو المحمية (res sanctæ) وهى ، وإن لم تكن مخصصة للآلهة ، كان لها صبغة دينية . مثل أسوار المدينة وأبوابها وحدود الحقول فى العهد الوثنى .

والثانية تنقسم إلى ثلاثة أقسام :

(ا) الأشياء الشائعة (res communes) : وهى الأشياء غير المحوزة المباحة بطبيعتها للكافة ، ولذلك لا يمكن أن تكون محل ملكية فردية مثل الهواء والضوء وحرارة الجو والبحار وشواطئها .

(ب) الأشياء العامة (res publicæ) : وهى المملوكة للشعب الذى تمثله الدولة ولذلك كان لكل فرد حق الانتفاع بها مثل الأنهار وشواطئها والطرق العامة والعبيد العموميين ، ويحرم على أى فرد امتلاكها لأنها خصصت للمنفعة العامة .

(حـ) الأشياء المملوكة للجماعات أو الأشخاص المعنوية (res universitatis) مثل الأموال المملوكة للمدن ، فلكل مدينة أموال عامة مثل المسارح والملاعب والحمامات والميادين العامة .

١٩٤ — **ثانيا : الأشياء الداخلة في المعاملات** (res in commercio) : وهى الأشياء التى يمكن أن يتملكها الأفراد ، وتقدر قيمتها ماليا وهى الأموال بالمعنى الصحيح .

وقد قسم الرومان هذه الأموال إلى تقسيمات عدة نقلناها عنهم أهمها ما يأتى :

١٩٥ — **التقسيم الأول : تقسيم الأموال الى منقولة** (meubles) **وثابتة أو عقار** (immeubles) : فالمنقولة هى الأموال التى يمكن نقلها بدون تلف أو ضرر كالدواب والرقيق . والأموال الثابتة ، أو العقار هى الأرض وملحقاتها من الأشجار والمبانى القائمة عليها .

وتظهر فائدة هذا التقسيم فى مواضع شتى أهمها :

(١) فى الوصاية : فلا يجوز للوصى كقاعدة عامة أن يتصرف فى العقار[1] .

(٢) فى وضع اليد المكسب للملكية : إذ تختلف المدة المقررة لاكتساب الملكية بالتقادم بحسب ما إذا كان المال منقولاً أو عقاراً ، فهى فى الألواح الاثنى عشر سنة للمنقول ، وسنتان للعقار . وقد عدل جستنيان هذه المدة بجعلها ثلاث سنوات فى المنقول وعشر سنين أو عشرين سنة فى العقار بحسب الأحوال كما سيأتى بيان ذلك عند الكلام على التقادم .

(٣) فيما يتعلق بطرق حماية وضع اليد : إذ تختلف الاجراءات ونوع الحماية باختلاف نوع المال .

(٤) فى حقوق الارتفاق : فحقوق الارتفاق العينية مقصورة على الأموال الثابتة أو العقار .

١٩٦ — **التقسيم الثانى : أموال نفيسة** (res mancipi) **وغير نفيسة** (res nec mancipi) : فالأموال النفيسة هى ، كما يعرفها (Gaius) ، التى تنتقل الملكية فيها بالاشهاد (mancipatio) وتشمل العقارات الايطالية وحقوق

---

(١) راجع ما سبق نبذة ١٥٠ ص ٩٢ و ٩٣ .

الارتفاق الزراعيـة المقررة عليها والرقيق ودواب الحمل والجر . وما عدا هذا من الأموال فهو غير نفيس .

نلاحظ من هذا التعداد للأشياء النفيسة أن أكثرها من الأراضى الزراعية والأشياء اللازمة لاستغلالها . وهذا يرجع إلى أن روما فى عهدها الأول كانت بلداً زراعيا بحتاً ، فالقانون القديم لم يدخل فى الأموال النفيسة إلا ما كان منها لازماً أو مفيداً لزراعة الأراضى الرومانية واستغلالها[١] .

أما الأموال غير النفيسة فتشمل الأراضى الخارجة عن إيطاليا ، أى الأراضى الاقليمية ، وحقوق الارتفاق المقررة عليها ، وتشمل أيضاً المنقولات بوجه عام كالغلال والنقود والحيوانات الأخرى غير حيوانات الجر والحمل كالأغنام والمعيز ، وتشمل أيضا بعض حيوانات تستخدم فى الحمل والجر ، ولكنها كانت مجهولة فى العهد القديم من الرومان كالابل والفيـلة ، والسبب فى اعتبارها من الأموال غير النفيسة يرجع إلى أن نشوء هـذا التقسيم كان سابقا على تاريخ استخدام الرومان للحيوانات المذكورة .

وتظهر فائدة هذا التقسيم فى طرق نقل الملكية الاختيارية . فالأموال النفيسة لا يمكن تملكها إلا بأحد طريقين ، الاشهاد (mancipatio) والدعوى الصورية (in jure cessio) . أما الأموال الأخرى فكان يكفى الاتفاق على نقل الملكية مضافا إليه التسليم (traditio) حتى تنتقل ملكيتها .

كذلك كان للمرأة البالغة حق التصرف فى أموالهـا غير النفيسة بمفردها ، ولكن لم يكن لها ذلك فى أموالها النفيسة إلا باجازة وصيها[٢] .

وقد بقى هذا التقسيم حتى عصر جوستنيان . إلا أنه فقد كثيراً من أهميته تدريجا كنتيجة لامتداد فتوح روما واتساع تجارتها مع ولاياتها المختلفة ، مما أدى

---

(١) انظر حكمة هـذا التفريق بين الأشياء فى جيرار، الطبعة الثامنة ، سنة ١٩٢٩ ، ص ٢٧٢ . ومونييه ، طبعة سنة ١٩٣٥ ، ج ١ ، ص ٤١٨ .

(٢) راجع ما سبق نبذة ١٦٣ .

إلى ظهور صور جديدة للثروة ، تتجه نحو الثروة المنقولة ، الأمر الذى حمل ذلك الامبراطور على إلغاء التفرقة السابقة بين الأموال النفيسة وغير النفيسة .

١٩٧ — **التقسيم الثالث : أموال مادية** (res corporales) **وأموال معنوية** (res incorporales) : فالمادية هى التى لها وجود مجسم (corpus) يقع تحت الحس . والمعنوية هى التى ليس لها كيان مادى ، ولا وجود لها إلا فى الذهن ، وهى تشمل كل الحقوق ما عدا حق الملكية ، فانه يلحق بالأشياء المادية ، وذلك لأن الرومان خلطوا بين حق الملكية ذاته ، وهو شيء معنوى ، ومحل الحق ، وهو شيء مادى ، وقد أيدهم العرف فى ذلك ، إذ جرى الناس على القول بأن لفلان مثلا هذا المنزل بدلا من القول بأن لفلان حق الملكية على المنزل .

وتظهر أهمية هذا التقسيم فى وضع اليد ، وفى طرق اكتساب الملكية المبنية على وضع اليد كالتقادم والتسليم . فالأشياء المادية وحدها (وبالأخص حق الملكية) هى التى يمكن وضع اليد عليها ، وبالتالى اكتسابها بمضى المدة (usucapio) أو التسليم (traditio) دون الحقوق الأخرى . وسنرى عند دراستنا لحقوق الارتفاق كيف رأى فقهاء الرومان فى العصر الحديث إمكان وضع اليد على حق الارتفاق أسوة بحق الملكية ، فأجازوا بذلك اكتساب حقوق الارتفاق بمضى المدة ، وبالتسليم بشروط خاصة سنراها فيما بعد . ويقال لوضع اليد فى هذه الحالة ، شبه وضع اليد (quasi-possessio) وللتسليم شبه التسليم (quasi-traditio) .

١٩٨ — **التقسيم الرابع : الأموال المثلية** (res in genere) **والأموال العينية أو القيمية** (res in specie) : هذا التقسيم على العكس من سابقه تقسيم قانونى بحت لا يستند إلى أى اعتبار اقتصادى بل يرجع إلى طبيعة الأشياء ذاتها وإلى غرض المتعاقدين . فالأشياء المثلية هى التى يقوم بعضها مقام بعض فى الوفاء وتعرف بنوعها . بخلاف العينية فهى تعرف بذاتها وبصفاتها الخاصة مثل العبد الفلانى وهذا الحصان .

وهــذا التقسيم نسبى محض لأنه فى بعض الأحوال قد ينظر إلى المثلى كشىء عينى أو ذاتى . مثل ما إذا أعرت صرافا قطعة نقود أثرية لعرضها فى واجهة محله فيعتبر هــذا العقد عارية استعمال (commodat) لا عقد قرض لاعتبار المتعاقدين محل العقد (قطعة النقود) شيئا عينيا لا مثليا بالرغم من أن النقود من الأشــياء التى يمكن استبدالها بغيرها . ويصح أن يكون الشىء القيمى مثليا إذا شاءت نية المتعاقدين ذلك كبيع عدد من الرقيق أو الخيل .

وفائدة هذا التقسيم تظهر فى أن الدائن يتحمل هلاك الشىء القيمى بحادثة قهرية قبل تسليمه ويبرأ المدين من دينــه . بخلاف التعاقد على شىء مثلى فانه إذا هلك عند المدين قبل تسليمه وجب عليه تقديم مثله للدائن ، ولو كان هلاكه بحادثة قهرية وذلك لأن « المثليات لا تهلك »[١] بمعنى أنها يحل بعضها فى مكان بعض .

ويقابل تقسيم الأموال إلى مثلية وقيمية ، تقسيمها إلى أموال تقدر بالعدد أو الوزن أو المقاس سواء أكان بحسب طبيعتها أم طبقا للعرف التجارى ، كالنقود والغلال والنبيذ والأقمشة ، وإلى أموال ذاتية أو معينة (corps certains) وهى ما تقدر قيمتها بصفاتها الخاصة بها كالصورة والمنزل والرقيق . وتظهر فائدة هــذا التقسيم فى عقد عارية الاستهلاك ، فالأولى فقط هى التى يصح أن تكون محلا لعارية الاستهلاك لأنه يجب فيها رد المثل فى النوع والمقدار .

ويتبع التقسيم المتقدم تقسيم آخر إلى أموال تستهلك بمجرد استعمالهــا لأول مرة ، كالنبيذ والزيت وهى فى الغالب من القيميات . وأهمية هذا التقسيم تظهر فى حق الانتفاع ، فهو مقصور على ما لا يستهلك بمجرد استعماله .

١٩٩ — **التقسيم الخامس : تقسيم ما ينتج من الشىء الأصلى الى ثمار (fruits) ومحصولات (produits)** : فالثمار هى ما ينتج من الشىء الأصلى ، وله صفة الدورية (périodicité) مثال ذلك المحصولات الزراعية ، ونتاج الدواب ، وهــذه هى الثمار الطبيعية . ويلحق بها الثمار المدنية (fruits civils) مثل فوائد

(١) genera non pereunt,

المبالغ المقررة وأجرة المنازل والأراضى ، فهذه لهـا صفة الدورية ، ولكنها ليست ناتجة من طبيعة الشيء الأصلى . أما الحاصلات فتختلف عن الثمار فى أن ليس لها صفة الدورية مثل نتاج الرقيقة ، ولذلك تعتبر جزءاً من الشيء الأصلى ، وتكون لمـالك الرقبة بطويق التبعية بعكس الثمار ، فهى من حق المنتفع بالشيء الأصلى ، سواء أكان هو المالك أم المنتفع أم المستأجر أم واضع اليد بحسن نية (posse-sseur de bonne foi).

§ ٢ — الثروة (patrimonium, patrimoine)

٢٠٠ — **الثروة أو الذمة** : الثروة هى مجموع الحقوق والواجبات التى لهـا قيمة مالية لكل شخص . فمجموع الأموال المـادية أو المعنوية التى يختص بها شخص ما سواء أكانت حقوقا (droits) أم تكاليف (charges) يقال لها الثروة أو الذمة (patrimoine) .

وتتكون الثروة أو الذمة من جانب إيجابى (l'actif) وهى الحقوق (droits) وجانب سلبى (le passif) وهى التكاليف أو الديون (dettes) .

ولا تشمل الثروة ما ليست له قيمة مالية ، كحقوق العائلة والحقوق العـامة . ولكن الدعاوى التى تنشأ عن هذه الحقوق قبل من يتعدى عليها لها قيمة مالية ، ولذلك تحتسب عندئذ من مجموع ثروة الشخص .

ولكل شخص ، فى القوانين العصرية ، ذمة أو ثروة ولو كان لا يملك شيئاً أو كان لا يملك شيئا وعليه ديون ، فهى بمثابة قابليته لتحمل الحقوق المالية ولأدائها .

وتظهر أهمية فرض ثروة لكل إنسان فى ربط القانون أموال الشخص بديونه باعتبار أمواله ضامنة لديونه . وبمقتضى ما للدائنين من حق الضمان المذكور على أموال مدينهم يكون لهم الحق فى الحجز عليها وبيعها . وكل الدائنين سـواء فى هذا الحق المشترك بينهم ، إلا إذا أخذوا ضمانا خاصا ، فتكون الأولوية لمن أخذ الضمان الخاص .

وإذ زاد الجانب الايجابى على السلبى كان صاحب الذمة موسراً (solvable) أى قادراً على الوفاء بالتزاماته . وإذا زاد الجانب السلبى على الايجابى يقال عن صاحب الثروة أو الذمة إنه معسر (insolvable) أى عاجز عن سداد ديونه .

على أنه يلاحظ أن فكرة الثروة بالمعنى المتقدم لم يعرفها الرومان فى القانون القديم ، بل كان الاصطلاح (patrimonium) مقصوراً على الأموال المادية المملوكة لرب الأسرة ، فلا تشمل الديون الواجبة عليه . بدليل أن أموال المتبنى (adrogé) أو المرأة عند زواجها بالسيادة (cum manu) كانت تنتقل إلى المتبنى (adrogeant) أو صاحب السلطة على الزوجة دون أن يلتزم أحدهما بالديون الواجبة على المتبنى أو الزوجة . ولم يتقرر ربط الشخص بديونه إلا بفضل تدخل البريتور الذى أوجب على المتبنى والزوج أو صاحب السلطة عليه أداء ديون المتبنى أو الزوجة لغاية قيمة الأموال التى آلت إليهما ، وكان من أثر تدخل البريتور ، أن أصبح الاصطلاح منصرفا إلى كل الأموال التى يمكن تقديرها ماليا ، سواء أ كانت مادية أم معنوية ، وأصبحت ذمة الشخص شاملة للأشياء التى فى ملكيته ، ولما له من الحقوق العينية على أموال الغير ، ومن الحقوق الشخصية على الغير ، ولما عليه من الحقوق الشخصية للغير .

٢٠١ — ***تقسيم منهج دراسة الاموال*** : وسندرس الأموال أو بعبارة أخرى عناصر الذمة السابق بيانها فى أقسام ثلاثة :

الأول — فى الملكية باعتبارها أهم الحقوق العينية .

الثانى — فى الحقوق العينية الأخرى ، وبالأخص حقوق الارتفاق .

الثالث — فى الحقوق الشخصية أو الالتزامات ، ولأهمية القسم الثالث سنخصص له الكتاب الثالث .

الباب الأول

فى الملكية ووضع اليد على الأموال المادية

الفصل الأول

تاريخ الملكية – صورها – خصائصها

المبحث الأول

فى تاريخ حق الملكية

٢٠٢ — *مقدمة*: للملكية فى روما تاريخ طويل إذ لم تنشأ منذ العصور الأولى على نظام واحد وهو نظام الملكية الفردية. وإنما اتخذت — كما اتخذت عند الشعوب الأولى — صوراً شتى قبل ظهورها فى صورة الملكية الفردية. فالشرائع الثلاث التى تحكم أوربا فى الوقت الحاضر — الشريعة الجرمانية والشريعة السلافية والشريعة الرومانية — ترجع تلك السلطة المطلقة على الأموال، التى يعبر عنها بالملكية، إلى الدولة. فالملكية الفردية — على الأقل بالنسبة للأموال الثابتة — كانت مجهولة لدى قدماء الجرمان، وكانت، حتى بعد ظهورها، تعتبر منحة من الدولة. ولا أدل على ذلك من أن القانون الألمانى الحديث ينظم نقل الملكية

(١) اقرأ بياناً موجزاً لتاريخ حق الملكية فى هيفلان، طبعة سنة ١٩٢٧، ج ١، ص ٤٢٥ — ٤٤٧ وراجع للتوسع، «De Laveleye»، فى مؤلفه «La propriété et ses formes primitives».

العقارية تحت إشراف السلطة القضائيـة . وكذلك الحال فى الشريعة السلافية القديمة إذ لم يكن للأفراد على أراضى الدولة سوى حق الانتفاع ، ولم تظهر الملـكية الفردية على العقار فى بولونيا إلا ابتداء من القرن الثانى عشر ، وبقيت روسيا محكومة فيما يتعلق بالملـكية العقارية بنظام يشبه ذلك النظام المستمد من العرف المتبع لدى القبائل الجرمانية .

ولم تختلف الشريعة الرومانية فى ذلك عن الشريعتين السابقتين ، ففى روما حتى عصر الجمهورية ، كانت الملـكية الفردية مقصورة على الأموال المنقولة وغير معروفة بالنسبة للعقار .

نستفيد هذا من مدلول بعض الاصطلاحات القانونية ، ومن النظم القانونيـة للعصور الأولى لروما .

(١) فمثلا عبارة (familia pecuniaque) ، وهى التى تطلق على مجموع الأموال ، تفيد من تركيبها اقتصار حق الملـكية فى الأصل على الأموال المنقولة ، لأن الـكلمة الأولى (familia) تطلق على العبيد والثانية (pecunia) على الدواب وكلاهما من الأموال المنقولة . وكذلك عبارة (res mancipi) وهى التى يعبر بها عن الأموال النفيسة مشتقة من كلمتين (manu) وتفيد اليد و (capere) وتفيد الاستيلاء أى الاستيلاء باليد ، ولا يتصور الاستيلاء باليد إلا بالنسبة للمنقول .

(٢) نستنبط هذا أيضاً من صور الدعاوى الرومانية والأعمـال القانونيـة القـديمة ، فـكلها تنبئ بأنها إنما صيغت بالنظر إلى أموال منقولة . فمثلا صورة دعوى الاسترداد القـديمة (sacramentum in rem) تفترض وجود الشىء المتنازع فى مجلس القضاء حيث كان يلمسه الخصمان ، وهـذا لا يمكن تصوره إلا بالنسبة للمنقول .

كذلك الاشهاد (mancipatio) ، وهو طريق نقل الملـكية على الأموال النفيسة ، كان يوجب على المـكتسب القيام باجراءات معينة ، والنطق بعبارات خاصة وهو ممسك المـال المبيع ، الأمر الذى لا يمكن تصوره إلا بالنسبة للمنقول .

وذلك أن المشترى كان يأتى فى مجلس العقد ويمسك الشىء الذى يشتريه ويعلن فى مجلس العقد أن هذا الشىء ملكه طبقاً للقانون الرومانى ، ولم تستخدم الاجراءات السابقة بالنسبة للعقار إلا بعد تحويرها والاستعاضة عن العقار فى مجلس القضاء أو مجلس العقد برمز له .

٢٠٣ — **أول صورة للملكية على العقار** (heredium) : إنما نلاحظ أن بعض فقرات قانون الألواح الاثنى عشرة التى أمكن العثور عليها وحفظها ، تثبت وجود حق الملكية على العقار بالنسبة لبعض الأموال ، وهى المسماة بالأموال العائلية (heredium) . وهذه عبارة عن منزل الأسرة (domus) والأرض الملحقة به وهى نصف هكتار من الأرض . وهذه الأموال كانت ملكا لرب الأسرة ، له إدارتها مدة حياته كما لو كان المالك لها ، وبعد موته تؤول إلى ورثته من العصب وهؤلاء يسمون ورثة أنفسهم (heredes sui) . ومعنى العبارة المذكورة أنهم لا يكتسبون ملكية أموال الأسرة بطريق الارث من المتوفى ، بل باعتبارهم شركاء له فى ملكيتها .

٢٠٤ — **ظهور أموال جديدة للعائلة** (fundus) : إنما هذه الأموال كانت لا تكفى لتغذية الأسرة مهما قل عدد أفرادها . فكان لا بد من وجود أراض أخرى خارجة عن مدينة روما يقوم الأهلون باستغلالها سواء أكان ذلك بزراعتها أم باستخدامها للرعى (١) .

وهذه الأموال كانت فى الأصل ملكا للعشيرة (gens) ، وكانت توزع على الأسر لاستغلالها بمعرفة رب الأسرة ، وبمعونة أولاده وعملائه وعبيده . إلا أن توزيع هذه الأراضى على الأسر أصبح مستديماً بحيث استقلت كل أسرة بنصيبها ، يتوارثه أعضاؤها جيلا بعد جيل ، ولا يعود إلى القبيلة إلا بانقراض الأسرة .

---

(١) راجع جيرار ، طبعة سنة ١٩٢٩ ، ص ٢٨٤ .

٢٠٥ — **طبيعة حق رب الأسرة على هذه الأموال** : لم يكن حق ملكية بل كان مجرد حق انتفاع . إنما آلت إليه هذه الأموال أخيراً إما بطريق الاقطاع من الدولة أو بطريق الاستيلاء عليها بمضى المدة ، فصارت بذلك ملكا له . ومن هنا نشأت الملكية الفردية بالنسبة للعقار .

المبحث الثانى

فى صور الملكية فى العصر العلمى

٢٠٦ — **الملكية الرومانية** (dominium ex jure quiritium) : إلا أن الملكية الرومانية لم تكن جائزة لكل شخص ، ولا شاملة لكل شىء ، بل كان لا بد لقيامها من توافر ثلاثة شروط :

الأول : خاص بالمالك — يجب فى المالك أن يكون رومانيا متمتعاً بالجنسية الرومانية . فغير الرومانى كان محروماً من حق التعامل (commercium) وبالتالى محروماً من اكتساب الملكية .

الثانى : خاص بالشىء ذاته — يجب أن يكون المال (إذا كان من الأموال الثابتة) رومانيا أى موجوداً بروما ، أو إيطاليا ،أى موجوداً بايطاليا . فتخرج بذلك الأراضى الاقليمية .

الثالث : خاص بطريقة اكتساب الملكية — يجب أن تكون الملكية قد اكتسبت باحدى الطرق المقررة فى القانون المدنى (jus civile) كالاشهاد والدعوى الصورية . فاذا استخدمت طريقة أخرى لنقل ملكية مال من الأموال الرومانية ، بأن اكتفى المتعاقدان بتسليم المبيع إلى المشترى ، فان الملكية لا تنتقل إلى هذا الأخير طبقاً للقانون الرومانى البحت ، بل تظل لصاحبها الأصلى .

٢٠٧ — **صور الملكية المختلفة فى العصر العلمى** : لذلك وجدت فى العصر العلمى بجانب الملكية الرومانية صور أخرى للملكية يمكن حصرها فى ثلاث :

(١) الملكية البريتورية (propriété prétorienne) .

(٢) الملكية الاقليمية (propriété provinciale) .

(٣) الملكية الأجنبية (propriété pérégrine) .

§ ١ — الملكية البريتورية (La propriété prétorienne)[١]

٢٠٨ — هى أهم صور الملكيــة الأخرى بعد الملكية الرومانية وينص (Gaius) فى كتابه للنظم (٢ ، ٤٠) على أن « الملكيــة قد تجزأ بحيث يكون لشخص الملكية (dominium) على شيء ما ، مع وجوده فى مال شخص آخر (in bonis) . ويعتبر هذا الأخير مالكا فى نظر البريتور . فكأنه قد يوجد على شيء واحد حقان لشخصين مختلفين ، لأحدهما الملكية الرومانيــة ، وللآخر الملكية البريتورية .

وقد ظهرت هذه الصورة من الملكيــة فى أوائل عهد الاجراءات الكتابية (procédure formulaire) للتخفيف من شدة القيود الشكلية . فنشأت فى حالة عدم انتقال الملكية (dominium) لنقص فى الاجراءات الخاصة بنقل الملكية وهى حالة التصرف فى مال نفيس (res mancipi) بطريق التسليم (traditio) ، كما إذا بيع عقار إيطالى أو رقيق أو أحد دواب الحمل أو الجر ، ولم يقم الطرفان باجراءات الاشهاد أو الدعوى الصورية ، بل اكتفيا بالتسليم ، فالمشترى فى الأحوال المتقدمة لا يكتسب ملكية المبيع طبقاً للقانون المدنى (jus civile) وإنما يكون فقط فى حالة تمكنه من اكتساب الملكية بمضى المدة (in causa usucapiendi) غير أن البريتور تدخل للتخفيف من صرامة حكم القانون المدنى البحت فقرر أن البائع ، أو المسلم على وجه العموم (tradens) ، وإن بقى المالك قانوناً (jure civili) ، إلا أن المشـترى أو المتسلم (accipiens) يعتبر فى الواقع كأنه المالك الحقيق . ذلك أنه حمى وضع يده بوسائل شتى ضمنت لهذا الأخير

(١) راجع (Appleton) فى كتابه « Histoire de la propriété prétorienne et de l'action publicienne » ، جزءان ، سنة ١٨٨٩ — ١٨٩٠ .

الاحتفاظ بما تحت يده ؛ وكان من نتيجة ذلك أن تقررت على نفس الشيء ملكية مدنية أو رومانية وملكية بريتورية .

٢٠٩ — **وسائل حماية الملكية البريتورية** . تقررت هذه الحماية بطريقين إذ منح البريتور هذا المالك البريتورى دفوعا (exceptions) ودعوى ملكية (action) .

ا — **الدفوع** : يمنح من حصل على مال نفيس بطريق التسليم دفوعا يرد بها كل محاولة لأخذ المال من تحت يده .

وتظهر طريقة استخدام هذه الدفوع من التفصيل الآتى :

١ — باع شخص لآخر عبداً بطريقة التسليم ، فطبقاً للقانون المدنى يبقى العبد ملكا لبائعه لكونه مالا نفيساً ، فاذا حاول البائع استرداد العبد بعد تسليمه بناء على هذا الاعتبار برفع دعوى الاسترداد (action en revendication) ، كان للمشترى أن يرد على دعواه بما معناه « تطالبنى برد الشيء إليك مع سابق تصرفك فيه وتسليمه إلى — فأنت سيء النية — ولذلك أطلب من البريتور أن يدمج فى صيغة الدعوى الدفع بالغش (exceptio doli) » فاذا أثبت المشترى صحة دفعه خسر البائع دعواه واحتفظ المشترى بالعبد .

٢ — إذا تصرف البائع فى مثلنا السابق فى العبد مرة ثانية إلى شخص ثالث ونقل إليه حقه فى الملكية بطريق الاشهاد (mancipatio) وجهل المشترى الثانى التصرف السابق فرفع دعوى الاسترداد على المشترى الأول للمطالبة بالعبد ، فليس للمشترى الأول أن يرد عليه بدفع الغش قبله لحسن نيته . ولذلك منحه البريتور ، فى هذه الحالة ، دفعا آخر يعرف بدفع الشيء المبيع والمسلم (exceptio rei venditæ et traditæ)

ب — **دعوى ملكية** (action publicienne) : كذلك منحه البريتور غير الدفوع المتقدمة دعوى لاسترداد ماله إذا فقد وضع اليد عليه . وهى تشبه دعوى الاسترداد المقررة لحماية الملكية الرومانية . وسندرسها عند الكلام على وسائل حماية الملكية . ونكتفى هنا بالاشارة إلى أن هذه الدعوى مبنية على افتراض أن المالك

البريتورى قد أتم المدة القانونية لاكتساب الملكية بمضى المدة (usucapio) . إذ يطلب البريتور من القاضى الذى تحال عليه الدعوى أن يفصل فيها باعتبار أن المدعى أتم المدة القانونية على وضع يده ، وليس على المدعى أن يثبت بعد ذلك إلا أنه قد تسلم الشىء ، والسبب الشرعى (justa causa) الذى تسلم بمقتضاه .

§ ٢ — الملكية الاقليمية (La propriété provinciale)[١]

لم يكن من الممكن حتى القرن السادس لروما إنشاء حق ملكية على عقار بايطاليا أو باحدى الولايات أو الأقاليم الرومانية (provinces) ، ولكن سرعان ما ألحقت العقارات الايطالية (fonds italiques) بالعقارات الرومانية فى الحكم وبقيت العقارات الاقليمية وحدها خاضعة لنظام خاص للملكية .

٢١٠ — **تسوية العقارات الايطالية بالعقارات الرومانية** : تم هذا فى العصر السادس لروما نتيجة لعوامل شتى اقتصادية أكثر منها قانونية ، وبالأخص نتيجة كثرة منح الأراضى من الدولة إلى الأفراد مع الاعتراف لهم بحق الملكية عليها . ولكن بقيت تحت يد الأفراد ، بجانب الأراضى الممنوحة على الوجه السابق بعض أراض غير مزروعة ليس للأفراد عليها حق الملكية ، وإنما حق غامض يعبر عنه أحيانا بحق استعمال (usus) وأحيانا أخرى بوضع اليد (possessio) . إلا أن هذه الأراضى ألحقت بالأولى فى الحكم ، وسويت أيضاً بالأراضى الرومانية من حيث خضوعها لنظام الملكية الرومانية . وقد تم هذا فى القرن السابع لروما بمقتضى قانونين صدرا فى هذا التاريخ[٢] . وكان من آثار هذين القانونين أن

(١) راجع فى الملكية الإقليمية (Tenney Frank) فى مقاله « Dominium in solo provenciali » المنشور فى (Journal of roman studies) سنة ١٩٢٧ ، ص ١٤٢ — ١٦١ .

(٢) أهمها القانون الصادر فى سنة ٦٤٣ لروما أو فى سنة ١١١ قبل الميلاد والقاضى باعادة توزيع الأراضى — راجع جيرار ، النصوص ، ص ٤٦ . وكيك ، طبعة سنة ١٩٢٨ ، ص ٢٥٠ .

اعتبرت جميع العقارات الايطالية من الأشياء النفيسة (res manicipi) وخاضعة لنظام الملكية الرومانية .

٢١١ — **وضع اليد على الاراضى الاقليمية** : أما الأراضى التى بالأقاليم أو المستعمرات الرومانية (provinces) فقد بقيت حتى نهاية العصر العلمى مملوكة للدولة . غير أن هذه الأراضى كانت فى الواقع ملكا للأفراد الحائزين لها ، فلهم الانتفاع بها واستغلالها بل التصرف فيها ، فحقهم عليها مساو لحق الملكية ، وإن كان لا يسمى بهذا الاسم ، ويطلق عليه الشراح فى العصر العلمى اصطلاحات شتى فيعبرون عنه تارة بحق الاستعمال (usus) وتارة بوضع اليد (possessio) [١] .

وتمتاز الأراضى الاقليمية عن الأراضى الايطالية فى أنها وحدها كانت خاضعة للضريبة العقارية (l'impôt foncier) . وكذلك لا تنتقل ملكية هذه الأراضى بطريق نقل الملكية المقرر بالقانون المدنى (jus civile) ولكن بطريق نقل الملكية التابع لقانون الشعوب (jus gentium) وهو التسليم (traditio) ، كما أن الحق المقرر عليها تحميه دعوى مختلفة عن دعوى الاسترداد (rei vindicatio) ، وهى المقررة لحماية الملكية الرومانية .

٢١٢ — **تضييق نطاق الاراضى الاقليمية تدريجا** : إلا أن نطاق الأراضى الاقليمية قد حد كثيراً ، فمنحت بعض المدن والمستعمرات امتيازاً (jus italicum) بمقتضاه سويت أراضيها بالأراضى الايطالية . وصارت الأراضى الاقليمية التى تتمتع بهذا الامتياز كالأراضى الايطالية من حيث قابليتها لأن تكون محل ملكية رومانية (dominium ex jure quiritium) ، ومن حيث جواز التصرف فيها بالاشهاد (mancipatio) وبالدعوى الصورية (in jure cessio) ، وللمالك حماية لحقه استعمال دعوى الاسترداد (rei vindicatio) .

٢١٣ — **خضوع العقارات الايطالية للضريبة العقارية** : وفى نهاية القرن الثالث من الميلاد ساوى الامبراطور مكسيميان بين جميع الأراضى من الوجهة

(١) انظر (Gaius) ، النظم ٢ — ٧ .

المـالية أى من حيث خضوعها للضريبـة العقارية بسبب ازدياد تكاليف الدولة الرومانية باتساع أرجاء الامبراطورية مما أظهر الحاجة إلى إيجاد موارد جديدة للدولة فعمم الامبراطور نظام الضرائب وطبقه على الأراضى الايطالية أسوة لهـا بالأراضى الاقليمية . وبذلك زالت كل تفرقة مالية بين الأراضى الايطالية والاقليمية وظهرت عندئذ الفكرة الحديثة للأساس الذى يبرر فرض الضريبة العقارية ، فبعد أن كانت الضريبـة العقارية قائمة على فـكرة امتلاك الدولة للأراضى المقررة عليها الضريبة (بدليل قصورها فى الأصل على الأراضى الاقليمية) ، أصبحت قائمة على واجب كل فرد فى تحمل نصيبه من أعباء التكاليف العامة .

§ ٣ — الملـكية الأجنبية أو ملـكية الأجنبى

(La propriété pérégrine)

يرجع السبب فى ظهور هذه الصورة من الملـكية إلى أن الأجنبى لم يكن متمتعاً بحق التعامل فى روما (jus commercii) ، وبالتالى كان محروماً من اكتساب حق الملـكية الرومانية (propriété quiritaire) ، فكان ما يمتلـكه لا تحميه قواعد القانون المدنى (jus civile) ، بل تحميه إما قواعد قانونه الوطنى (droit pérégrin local) أو قانون الشعوب (jus gentium) الذى كان يطبقه قاضى الأجانب فى روما (prêteur pérégrin) .

إلا أن هذه الصورة من الملـكية قد اندثرت سريعاً فزالت تقريباً عقب صدور قانون الامبراطور كراكلا (Caracalla) فى سـنة ٢١٢ ميلادية ، الذى منح الجنسية الرومانية لجميع سكان الامبراطورية ماعدا بعض العتقاء (les déditices) .

المبحث الثالث

فى الملـكية فى عهد جوستنيان وخصائص الملـكية الرومانية

٢١٤ — **توحيد نظام الملـكية** : زالت فى عهد جوستنيان كل تفرقة عملية

بين العقارات الايطالية والعقارات الاقليمية لعـدم وجود ما يبرر التميز بينهما خصوصاً بعـد تعميم نظام الضرائب العقارية وشمول الأراضى الايطالية أسوة بالأراضى الاقليمية كما سبق بيانه . كذلك اختفت صورة ملـكية الأجنبي بمنح الرعوية لجميع سكان الامبراطورية ماعدا بعض العتقاء منذ عهد كراكلا ، وللعتقاء أيضاً فى عهـد جوستنيان . وأخيراً زالت الملـكية البريتورية مع زوال التفرقة القديمة بين الأشياء النفيسة (res mancipi) والأشـياء غير النفيسة (res nec mancipi) .

وهكذا توحد نظام الملـكية فى عهد جوستنيان بالنسبة لجميع الأموال ، وفى جميع أنحاء الامبراطورية وبالنسبة لجميع الرعية .

٢١٥ — **طبيعة حق الملكية فى قانون جوستنيان وصفاتها** : هى ملكية فردية وحق مطلق (droit absolu) ودائم (perpétuel) .

٢١٦ — **الملكية حق مطلق** : الملـكية فى القانون الرومانى حق مطلق (absolu) مقصور على صاحبه (exclusif) بمعنى أن للمالك أن يفعل بملـكه ما يشاء وأن يمنع الغير منه كلما شاء . وتتكون الملـكية من عناصر ثلاثة يعبر عنها بالعبارات الآتية :

الأول — (l'usus) أو (jus utendi) أى حق الاستعمال .

الثانى — (le fructus) أو (jus fruendi) أى حق الاستغلال أو الانتفاع

الثالث — (l'abusus) أو (jus abutendi) أى حق التصرف .

فحق الاستعمال (usus, jus utendi, droit d'user) هو الحق فى استخدام الشىء فى جميع وجوه الاستعمال التى أعد لهـا ، أى التى تتفق مع طبيعته . فبالنسبة للمنازل بسكناها ، و بالنسبة للأرض بزراعتها ، وللحيوانات بركوبها ، وللثياب بلبسها .

وحق الاستغلال (fructus, jus fruendi, droit de jouir) هو حق الحصول

على حاصلات الشيء وعلى ثماره التي يكون قابلا لانتاجها سواء في ذلك الثمار الطبيعية أو المدنية على النحو الذي فصلناه آنفاً .

وحق التصرف (jus abutendi, droit de disposer) يشمل جميع أعمال التصرف المادية بتغيير شكل الشيء أو إتلافه ، أو القانونية بالتنازل عن الحقوق التي للمالك كبيع الشيء كله أو بعضه أو هبته أو تحميله حقوقا عينية الخ .

لكن هذا الحق ، وإن وصف دائما بأنه حق مطلق ، لم يكن كذلك في أي وقت من الأوقات . فقد خضع منذ العهد القديم لقيود شتى تقضي بتقييده ، فيحوى القانون الروماني منذ قانون الاثنى عشر لوحا قيوداً شتى للملكية .

وهذه القيود — وأكثرها مقرر بالنسبة للأموال الثابتة — بعضها مقرر لمصلحة الجار ، وبعضها مقرر للمصلحة العامة .

فمن القيود المقررة لمصلحة الجار أنه ليس للمالك أن ينتفع بكل عقاره ، بل عليه أن يترك حول منزله أو حقله مسافة قدمين ونصف قدم بلا بناء أو زراعة ، حتى يتكون بين الملكين مع ما يتركه الجار طريق عرضه خمسة أقدام ، وقد زال هذا القيد بالنسبة للمباني بعد حريق روما عند غزوها بمعرفة رجال الغال حوالى سنة ٣٩٠ قبل الميلاد . ومن ذلك أيضا أنه يجب على المالك أن يحتمل امتداد شجرة جاره فوق أرضه بشرط أن يكون هذا الامتداد على ارتفاع خمسة عشر قدما . ومن ذلك أيضاً أن يقبل المالك مسيل المياه الطبيعية من أرض جاره المرتفعة [١] .

ومن القيود المقررة للمصلحة العامة إلزام الملاك الذين تقع أملاكهم على الطريق العام أو الشوارع باصلاحها والعناية بها . ومن هذه القيود أيضاً تحريم هدم المباني لبيع أنقاضها الثمينة إلا بتصريح من الادارة ، وذلك بمقتضى قوانين صدرت من مجلس الشيوخ (senatus-consultes) في عصر الامبراطورية . ويظهر أنه كانت توجد عدة لوائح خاصة بتنظيم البناء في المدن على شكل وطراز مخصوص . كذلك نجد في القانون الروماني أمثلة كثيرة — لا يتكون منها نظام عام لنزع الملكية

(١) راجع أمثلة كثيرة من هذه القيود في جيرار ، طبعة سنة ١٩٢٩ ، ص ٢٧٨ و ٢٧٩ .

للمنفعة العامة — يجوز فيها نزع العقار من تحت يد مالكه لمصلحة عامة مقابل تعويض يدفع إليه أو بدون تعويض ما فى بعض الأحوال[١] .

٢١٧ — **الملكية حق دائم** (droit prepétuel) : حق الملكية حق دائم يبقى ما بقى الشىء المقرر عليه . فهو حق قابل للانتقال من شخص لآخر ، ولكنه لا يزول إلا لأسباب استثنائية . بخلاف سائر الحقوق الشخصية (droits de créance) التى تنقضى دائما بالوفاء (paiement) ولا تنتقل بالتحويل كقاعدة عامة .

ويترتب على أن حق الملكية حق دائم أنه لا يجوز تعليق نقل الملكية على شرط فاسخ (condition résolutoire) أو تقييده بأجل مسقط (terme extincti) إذ الملكية لا يمكن نقلها لأجل محدود (ad tempus) ، إلا أن جوستنيان أباح فسخ نقل الملكية فى حالتين :

أولا — فى الهبة المقيدة بشرط (donation sub modo) .

ثانيا — فى الهبة بسبب الوفاة (donation à cause de mort) . وسنتكلم عليهما عند الكلام على الهبة فى كتاب الالتزامات .

ويترتب أيضاً على كون حق الملكية دائما ، عدم سقوطه بمضى المدة كما تسقط الحقوق العينية الأخرى ، فاذا لم يستعمل المالك ملكه ، ولم يعمل عملا يظهر حقه فانه لا يفقد ملكية ماله بسبب ذلك ، إلا إذا وضع آخر يده على ذلك المال وتملكه بالتقادم المكسب ، ولكن فى هذه الحالة لا يضيع المال على المالك لكونه لم يستعمل حقه ، وإنما يفقده لكون آخر تملكه بمضى المدة ، بشرط أن تتوافر فيه الشروط اللازمة لهذا النوع من أسباب التملك . هذا مع ملاحظة ما تقرر فى عهد الامبراطورية من حرمان المالك من أرضه إذا أهملها دون زراعة بحيث تصبح ملكا لمن يستولى عليها ويزرعها مع إعفائه من الضريبة عشر سنين وذلك لتشجيع استغلال الأراضى البور .

ونبدأ الآن بدراسة أسباب اكتساب الملكية ووسائل حمايتها . إلا أن هذين الموضوعين يتصلان بنظرية وضع اليد (possesion) ولذلك سنقدم دراستها عليهما.

(١) راجع المرجع السابق ص ٢٧٩ و ٢٨٠ .

الفصل الثانى

فى نظرية وضع اليد

(La possession des choses)[1]

٢١٨ — *وجوب تمييز وضع اليد عن الملكية* : يحسن قبل تعريف وضع اليد أن نستخلص معناه من مدلول اللفظ ذاته . فكلمة (possessio) مكونة من أصلين : الأول (pot) بمعنى السلطة ومنها (potestas) والثانى (sessio) بمعنى يقعد أو يرتكز (s'asseoir) . فكلمة (possessio) تفيد إذن قيام سلطة مادية على شىء .

هذه السلطة الفعلية تشبه كثيراً حق الملكية ، وكثيراً ما يخلط بينهما فى اللغة العادية ، فيقول الانسان : « إنى أحوز هذا الشىء » بمعنى « أنى أملكه » إلا أن الواقع أن الملكية ووضع اليد فكرتان مختلفتان يجب التمييز بينهما ، إذ يجب التمييز بين الحق ذاته وبين استعماله فعلا ، لأن المالك وإن كان فى أغلب الأحيان هو الحائز لملكه إلا أن ملكه قد يكون فى قبضة غيره ، وهكذا تكون الملكية لشخص ووضع اليد لشخص آخر . ففى حالة السرقة مثلا يفقد المالك وضع اليد على ماله بخروجه من تحت يده والسارق لا يعتبر باستيلائه عليه مالكا بل يعتبر فقط حائزاً له (possesseur) .

---

(١) راجع فى نظرية وضع اليد المراجع الآتية :
Savigny, « Traité de la possession » Ire ed. 1803; traduction française 1886. De Ihering, Fondement de la protection possessoire, 1865; Oeuvres choisies, 1893, t. 11. pp 213. 263. Cornil, Traité de la possession dans le oit romain, 1905. Duquesne, Distinction de la possession et de la détention, thèse de droit, Paris, 1898. Albertario, la possession romaine, Rev. d'histoire du droit, t x II, p 1-28.

٢١٩ — **الآثار القانونية لوضع اليد** : غير أن وضع اليد وإن كان عبارة عن سلطة فعلية على الشيء ، إلا أنه تترتب عليه آثار قانونية شتى ومهمة :

١ — فوضع اليد هو الأساس الذى يبنى عليه اكتساب الملكية طبقاً لبعض الطرق المكسبة للملكية :

(ا) فالاستيلاء (occupatio) على مال مباح يكسب الحائز الملكية .

(ب) كذلك تنتقل الملكية فى الأموال غير النفيسة (res nec mancipi) بنقل حيازتها بالتسليم (traditio) ، وهو نقل وضع اليد من الناقل (tradens) إلى المكتسب (accipiens) .

(حـ) وأخيراً تكتسب ملكية الأموال النفيسة وغير النفيسة على السواء بوضع اليد عليها مدة معينة فى القانون أى بالتقادم (usucapio)

٢ — حمى البريتور فى روما والحاكم فى الولايات ابتداء من القرن السادس لروما وضع اليد ذاته باجراءات خاصة سميت بالأوامر (interdits) .

٣ — وأخيراً لوضع اليد أهمية كبيرة ابتداء من العصر العلمى فيما يتعلق بدعوى الاسترداد ، وهى الدعوى المقررة لحماية الملكية ، إذ كان يتمتع واضع اليد طبقاً لاجراءات هذه الدعوى ، بمركز ممتاز ، باعتباره مدافعاً (défendeur) ، فعلى المسترد ، وهو من ليست له الحيازة ، إثبات ملكيته ، وليس على واضع اليد سوى الانتظار .

٢٢٠ — **آثار أخرى لوضع اليد اذا اقترن بحسن نية** : لوضع اليد آثار أخرى إذا اقترن بحسن نية . وحسن النية هنا هو اعتقاد واضع اليد خطأ بأنه صار مالكا . فيوجد حسن النية مثلا إذا اشترى شخص شيئاً من غير مالكه معتقداً أنه صار مالكا . فمثل هذا المشترى لا يكتسب الملكية وإن اعتقد أنه صار مالكا ، بل يعتبر فقط واضع يد حسن النية . ولواضع اليد حسن النية ، عدا المزايا السابق الكلام عليها ، ما يأتى :

١ — يكتسب واضع اليد حسن النية الثمرات الناتجة من المـال بانفصالها عنه كما سنرى ذلك عند الكلام على طرق اكتساب الملكية .

٢ — إذا فقد واضع اليد حسن النية وضع يده فله استرداده بالدعوى المسماة (action publicienne) كالمالك البريتورى (propriétaire prétorien) تماماً .

٢٢١ — **عناصر وضع اليد** : يتكون وضع اليد تبعاً لفقهاء العصر العلمى من عنصرين : عنصر مادى وهو الحيازة المادية للشىء (détention) ويسمى أيضاً (corpus) وهو وجود الشىء تحت يد الشخص أو تحت تصرفه الفعلى ، وعنصر معنوى ويسمى النية (animus) . والصعوبة كلها هى فى تعيين هذه النية اللازم توافرها فى وضع اليد والتى تميزه عن كل الحالات الفعلية الأخرى كالحيازة المجردة (la détention) . ويرجع السبب فى قيام هذه الصعوبة إلى قلب الامبراطور جوستنيان للنظريات المقررة فى العصر العلمى خاصة بوضع اليد .

٢٢٢ — **صور الحيازة المختلفة فى العصر العلمى** : فنى العصر العلمى كان لوضع اليد معان مختلفة ، وكان يدرس من وجوه عدة :

فكان يدرس أولا من حيث التقادم (usucapio) ، وكان يسميه الشراح فى هذا الخصوص باسم وضع اليد المدنى (possessio civilis) . ويشترط فيه أن يستند إلى عمل قانونى ، ويؤدى إلى اكتساب الملكية الرومانية بمضى المدة ، والنية (animus) هنا هى نية التملك (animus domini) أى نية الظهور على الشىء بمظهر المالك .

وثانيا من حيث استعمال وسائل حماية وضع اليد بنظام الأوامر فقد درس الشراح الرومان وضع اليد فى ذاته لمعرفة الأشخاص الذين يحق لهم استخدام الأوامر ، (interdits) لحماية يدهم . وقد سماه الشراح عند نظرهم إليه من هـذه الوجهة (possessio ad interdicta) لتميزه عن وضع اليد المكسب للملكية بالتقادم والنية هنا مختلفة عن النية اللازم توافرها فى وضع اليد المكسب للملكية ، فهى ليست نية التملك (animus domini) ، بل هى نية وضع اليد (animus possidendi) ،

أى نية واضع اليد حيازة الشيء والاحتفاظ به لحسابه الخاص .

وأخيراً تصور فقهاء العصر العلمى صورة ثالثة لوضع اليد أسموها بالحيازة الطبيعية أو المادية (possessio naturalis أو corporalis) . وهى الحيازة المجردة (la détention) ، فللحائز (détenteur) اليد المادية على الشيء (corpus) ، وليست لديه نية وضع اليد (animus possidendi) أى نية الاحتفاظ بيده لحسابه الخاص ، إذ هو يحوز الشيء بالنيابة عن الغير ومثل هذا الحائز الوديع والوكيل والدير . ولذلك لم يكن لهؤلاء التمتع بنظام الأوامر إذ هى من حق من يحوزون لحسابهم .

٢٢٣ — **تعديلات جستنيان** : وقد خلط الامبراطور جستنيان بين هذه الصور الثلاث للحيازة بقصد تحويل هذا التقسيم الثلاثى إلى تقسيم ثنائى ، فميز بين نوعين من الحيازة ، الحيازة المدنية (possessio civilis) والحيازة الطبيعية (possessio naturalis) وأدخل فى الأولى ، بجانب وضع اليد المكسب للملكية بالتقادم ، الحيازة المحمية بنظام الأوامر[1] (possessio ad interdicta) ، كما أنه منح حق الانتفاع بالأوامر لبعض الحائزين حيازة مجردة .

تقسيم : وسندرس تباعا فيما يأتى كيفية اكتساب وضع اليد ، وكيفية فقده ، ووسائل حماية وضع اليد ، ولمن التمتع بوسائل الحماية المذكورة ، وما هى الحكمة من تلك الحماية .

المبحث الأول

فى اكتساب وضع اليد وفقده

٢٢٤ — **اكتساب وضع اليد** : يتكون وضع اليد من عنصرين ، عنصر مادى وعنصر معنوى . فاذا توافر هذان العنصران فى شخص بالنسبة لشيء ما ، اكتسب وضع اليد على هذا الشيء .

(١) راجع جيفار ، الجزء الأول ، طبعة ١٩٣٤ ، ص ٣٣٩ ، نبذة ٥٦٨ .

وقد يكتسب الشخص وضع اليد على شيء ما إما بنفسه ، وإما بواسطة غيره . فيكتسبه بنفسه إذا توافر لديه العنصران المادى والمعنوى . ويكون ذلك بالاستيلاء على الشيء مع نية الاحتفاظ به لحسابه الخاص . فبالنسبة للمنقول بأن يستولى عليه وينقله إلى حيازته ، وبالنسبة للعقار بالدخول فيه وتعرف حدوده والظهور عليه بمظهر المالك بأن يقطع شجره مثلا ، أو إذا كان العقار فى حيازة شخص آخر بأن يطرده منه .

وقد يكتسبه بواسطة غيره . فرب الأسرة منذ القانون القديم يكتسب وضع اليد بيد الأشخاص الخاضعين لسلطته كالعبد وابن الأسرة ، ثم تصور إمكان اكتسابه وضع اليد فى العصر العلمى بشخص غير خاضع لسلطته كالوكيل أو المستأجر أو المستعير أو المودع لديه . إنما يشترط فى الموكل أن يتوافر لديه العنصر المعنوى أى النية . واستثنى أخيراً من هذا الشرط ، وهو قيام النية فى شخص واضع اليد ، حالة فاقد الأهلية كالطفل والمجنون لعدم إمكان توافر النية لديهما وكذلك حالة الأشخاص المعنوية ، فأصبح من الممكن اكتساب وضع اليد لمصلحة هؤلاء الأشخاص بواسطة الأوصياء أو القوام عليهم ومديرى الأشخاص المعنوية متى توافر العنصران لديهم .

٢٢٥ — **فقد وضع اليد** : يفقد واضع اليد وضع يده بفقد أحد العنصرين أو هما معاً . فيفقد وضع اليد بفقد العنصرين معاً ، كما إذا هلك الشيء محل وضع اليد ، أو مات واضع اليد ، أو تصرف فى الشيء وسلمه إلى المتصرف إليه .

وقد يفقد وضع اليد بفقد الركن المادى وحده ، كهروب حيوان آبد ، فواضع اليد يفقد وضع يده على هذا الحيوان بمجرد هروبه ، ولو كانت عنده نية الاحتفاظ به . ويستثنى من الحكم المتقدم المراعى التى لا تصلح للرعى إلا فى فصول معينة من السنة ، فوضع اليد عليها لا يمكن تصوره إلا بصفة متقطعة ، ولذلك لا يفقد واضع اليد وضع يده بمجرد تخليه عنها مدة الشتاء إذا كانت لا تصلح للرعى إلا فى فصول الصيف مثلا .

وقد يفقد وضع اليد بفقد الركن المعنوى وحده كأن يهب واضع اليد العقار لآخر ويحتفظ لنفسه بحق الانتفاع بهذا العقار ، فهو فى هذه الحالة قد فقد النية ولكنه احتفظ بالركن المادى وهو الحيازة . ومثل هذا ما إذا باع المالك واضع اليد عقاره ، واستأجره فى نفس الوقت من المشترى الجديد .

المبحث الثانى

فى طرق حماية وضع اليد[1]

٢٢٦ — **أوامر وضع اليد** (les interdits possessoires) : يحمى القانون المدنى الحالى وضع اليد بنظام من الدعاوى تسمى بدعاوى وضع اليد وأهمها دعويان دعوى منع التعرض (la complainte) ودعوى استرداد الحيازة (la réintégrande) .

أما فى القانون الرومانى فقد كان وضع اليد محميا باجراءات خاصة تسمى بالأوامر (interdits, interdicta) . وهى أوامر كان يصدرها البريتور ، بما له من الولاية الادارية (imperium) ، لطرق النزاع على مال من الأموال ، تقضى بابقاء الحيازة لواضع اليد وقت رفع النزاع إليه ، أو برد الحيازة لمن كان واضعاً يده على شيء اغتصب منه . فهذه الأوامر نوعان : أوامر لاستبقاء الحيازة (interdits conservatoires, interdicta retinendae possessionis causa) ، وأوامر لرد الحيازة (interdits récupératoires, interdicta recuperandae possessionis causa.) .

٢٢٧ — **أوامر استبقاء الحيازة** : يقصد بها استبقاء الحيازة لواضع اليد ومنع خصمه من التعرض له حتى يثبت أنه مالك . وأوامر هذا النوع اثنان ،

(١) نظر للتوسع فى طرق حماية وضع اليد رسالة Husson ، « فى استرداد الحيازة Le recouvrement de la possession en droit romain classique » ، ليون سنة ١٩٢٥ .

الأول خاص بالمنقول ويسمى (interdit utrubi) والثانى خاص بالعقار ويسمى (interdit uti possidetis) . وقد سمى الأمران المتقدمان كذلك نسبة إلى العبارات الأولى منها كما هى مدونة فى منشور البريتور الدائم (l'édit perpétuel) . ويستفاد من عبارة الأمرين المذكورين ، أنهما كانا يصدران إلى الطرفين المتنازعين معاً ، مما يدل على أن كلا منهما كان مدعياً أى يطالب بوضع اليد . ويكون النزاع على وضع اليد بينهما كمقدمة لدعوى الملكية ، فيفصل ابتداء فيمن يكون له وضع اليد فى أثناء نظر النزاع على الملكية .

فبمقتضى الأمر الأول وهو الخاص بالمنقول (interdit utrubi) يأمر البريتور بعدم التعرض لمن يكون قد حاز المنقول مدة أطول من غيره فى السنة السابقة مباشرة على صدور الأمر .

وبمقتضى الأمر الثانى وهو الخاص بالعقار (interdit uti possidetis) يأمر البريتور بعدم التعرض لواضع اليد الحالى على العقار أى وقت صدور الأمر .

إنما يشترط فيمن ينتفع بهذه الأوامر أن يكون وضع يده غير معيب بالنسبة للخصم الذى ينازعه أو يتعرض له . وعيوب وضع اليد هى القوة والخفاء والصفة العارضة . وبعبارة أخرى يشترط فى واضع اليد الذى يريد دفع التعرض بالأوامر المتقدمة أن لا يكون قد سبق أن انتزع المال من الخصم بالقوة (vi) أو خفية (clam) أو استلمه منه بصفة مؤقتة (precario) [1] .

٢٢٨ — **أوامر استرداد الحيازة** : أهمها اثنان وكلاهما متعلق بوضع اليد على العقار . ويقرر أحدهما جزاء لاستعمال القوة البسيطة (violence ordinaire) ويسمى (interdit unde vi cottidiana) ، ويصدر هذا الأمر لمصلحة واضع اليد على العقار الذى اغتصب منه عنوة ، إنما يشترط فيمن يريد الاستفادة من الأمر المذكور أن

(١) الحيازة المؤقتة « précaire » تنشأ عن اتفاق يشبه عقد عارية الاستعمال ، بمقتضاه يسلم المالك إلى آخر مالا للانتفاع به مع وجوب رده اليه بمجرد طلبه ، وكان يلجأ إلى ذلك رؤساء الأسر فى القديم لمصلحة عتقائهم أو نزلائهم . راجع جيرار ، طبعة سنة ١٩٢٩ ، ص ٦٣٤ و ٦٣٥ .

يطلب رد الحيازة فى خلال السنة التالية للاغتصاب ، وألا يكون وضع يده هو معيباً . ويقرر الآخر منهما جزاء لمن اغتصب العقار باستعمال القوة المسلحة ويسمى (interdit unde vi armata) . فهو يصدر ضد من اغتصب بالقوة المسلحة عقاراً فى حيازة آخر حتى يلزم برده إلى واضع اليد وتعويضه عما أصابه من الضرر . ولا يشترط فيمن يستخدم الأمر الأخير الشرطان المتقدمان بل يجوز لمن اغتصب منه العقار بالقوة المسلحة أن يطلب رد الحيازة ولو بعد سنة من الاغتصاب بل ولو كان وضع يده معيباً .

٢٢٩ — **حماية وضع اليد فى قانون جستنيان — دعاوى وضع اليد :** وقد استبدل بنظام الأوامر فى قانون جستنيان نظام من الدعاوى الاستثنائية (actions extraordinaires) خاضعة لاجراءات خاصة ومستعجلة . فحلت محل أوامر استبقاء الحيازة (utrubi, uti possidetis) دعوى واحدة فى المنقول والعقار ويحكم دائماً فيها لمصلحة واضع اليد وقت رفع الدعوى . كذلك أدمجت أوامر استرداد الحيازة (unde vi, de vi armata) فى دعوى واحدة عرفت فى بعض النصوص بلفظ (actio momentariae possessionis) ويشترط رفعها فى خلال سنة من الاغتصاب ولكنها ممكنة حتى بالنسبة لمن كان وضع يده معيباً .

المبحث الثالث

فيمن يتمتع بحماية وضع اليد

لا يتمتع بنظام الأوامر أو بدعاوى وضع اليد فى قانون جستنيان سوى واضعى اليد (les possesseurs ad interdicta) دون الحائزين للشيء حيازة مادية مجردة (les détenteurs) .

٢٣٠ — **من يعتبر واضع يد :** يعتبر واضع يد :

١ — المالك إذا كان واضعاً يده على ملكه سواء أكانت ملكيته رومانية

أم بريتورية أم أجنبية أم إقليميـــة . وله لحماية حقه طريق دعوى الملـكية وطريق دعوى وضع اليد وقد يفضل فى بعض الأحيان سلوك الطريق الأخير .

٢ — واضع اليد حسن النية ، ومثله من يتلقى الملك من غير مالك بحسن نية أى معتقداً أن المتصرف إليه مالك .

٣ — واضع اليد سىء النية الذى يحوز الشىء ، ولـكن بدون سبب صحيح وبسوء نية ، ومثله السارق والغاصب .

٤ — الدائن المرتهن رهناً حيازيا (créancier gagiste) بالنسبة للرهن المقدم إليه من مدينه ضماناً للدين .

٥ — الحارس القضائى (dépositaire séquestre) بالنسبة للمال المتنازع عليه المودع عنده حتى يفصل فى دعوى الملـكية لصالح أحد المتنازعين .

٦ — المستأجر لآجال طويلة كمستأجر الأراضى الخراجية (ager vectigalis) والمحتـكر .

٢٣١ — **الحائزون** (les détenteurs) : وعلى العكس من ذلك لا يعتبر غير من تقدم من واضعى اليد ، بل مجرد حائزين ، وبالتالى لا يستفيدون من نظـام الأوامر . وهم :

١ — المستأجر لآجال قصيرة إذ يعتبر حائزاً لحساب المـالك .

٢ — المستعير ويعتبر حائزاً لحساب المعير .

٣ — المودع لديه العادى فلا يعتبر واضع يد بالنسبة للوديعة ، بل يبقى وضع اليد للمالك .

٤ — المنتفع .

٢٣٢ — **الفرق بين واضع اليد والحائز** : لدى كل منهما الحيازة المـادية ولـكنهما يختلفان فى النية ، ولذا يجب علينا تحديد معنى النية اللازم توافرها عند واضع اليد .

لا نجد فى كتب الرومان حدا لهذه النية ، فحدها هو فى الواقع من صنع الشراح

المصريين . ويستند هؤلاء فى ذلك إلى نصوص من القانون الرومانى ولدينا فى هذا مذهبان .

فالمذهب الأول ويدافع عنه سافينى (Savigny) يقرر بأن النية الواجب توافرها فى واضع اليد هى نية المالك (animus domini) ، فيجب أن يكون واضع اليد معتقداً أنه المالك ، أو ينوى الظهور على هذا الشىء ظهور المالك له . وهذه النية متوافرة فى المالك وواضع اليد حسن النية وواضع اليد سىء النية .

إنما تعترض هذا الرأى صعوبة بالنسبة للأشخاص الآخرين كالدائن المرتهن والحارس القضائى والمحتكر ، وقد اعتبرهم القانون الرومانى من واضعى اليد . ولكن سافينى (Savigny) تخلص من هذه الصعوبة بأن افترض أن المالك فى الحالات الثلاث السابقة تنازل عن وضع يده للمحتكر والحارس القضائى والدائن المرتهن ، فلهؤلاء وضع اليد بطريق الاستعارة من المالك (possession dérivée) .

وأما المذهب الثانى ويدافع عنه إهرنج (de Ihering) فيرى بأنه لا يشترط فى واضع اليد سوى نية الاحتفاظ بالشىء . وهذه النية متوافرة بالنسبة لجميع الحائزين بما فى ذلك المستأجر والوديع الخ . فكان يجب طبقا لهذا الرأى منح الأوامر لجميع الحائزين وهو ما يخالف ما قرره القانون الرومانى من وجوب التفرقة بين الحائزين وواضعى اليد الذين لهم وحدهم ميزة التمتع بنظام الأوامر ، فكيف يمكن التوفيق بين هذا الرأى وهذه التفرقة أو بعبارة أخرى كيف يبرر إهرنج حرمان الحائزين كالمستأجر من التمتع بنظام الأوامر لحماية حيازته ضد تعرض الغير له ؟

يفسر إهرنج هذا الحرمان باعتبارات عملية ترجع إلى الحالة الاجتماعية والاقتصادية عند الرومان . فهو يقول بأن المستأجر كان عند الرومان شخصا ضعيفاً فى حالة خضوع وتبعية بالنسبة للمالك وهو الشخص القوى ، لذلك رؤى من الأوفق أن تكون حماية وضع اليد للمالك ، لأنه أقوى وأقدر على منع تعرض الغير . وحرمان المستأجر منها لأنه ضعيف .

وأما بالنسبة للمستعير والوديع ، فقد علل (de Ihering) حرمانهما من الأوامر بأن كلا منهما ملزم قبل المالك برد الشيء ، فيجب ألا نمنحهما وسيلة يمكن استخدامها ضد المالك .

وهذا فيما يتعلق بتعيين النية وهو ما يحملنا على بحث موضوع آخر يتصل به وهو بحكمة حماية وضع اليد ومشروعيته .

المبحث الرابع

فى حكمة حماية وضع اليد

من أهم المسائل معرفة ما الذى حمل البريتور على حماية واضعى اليد وقد يكون من بينهم غير المالك والمغتصب .

اختلفت الآراء فى ذلك وأهمها مذهبان ، مذهب سافينى ومذهب إهرنج .

٢٣٣ — **مذهب سافينى** (Savigny) : يرى سافينى أن الحكمة فى حماية الشارع واضع اليد ، ولو كان غير مالك ، ترجع لحرص الشارع على حفظ النظام والأمن ، بمنع كل شخص من الحصول على حقه بالقوة بدون الالتجاء إلى السلطة العامة . فقد منح البريتور الأوامر إلى واضع اليد سواء أكان معتديا أم صاحب حق ، لاعتقاده بوجوب احترام الحالة المادية القائمة ، ومنع الأفراد من أخذ حقهم بالقوة . فلواضع اليد أن يحتفظ بوضع يده حتى يصدر حكم من السلطة القضائية .

٢٣٤ — **مذهب دى اهرنج** : وقد رفض إهرنج الأخذ بنظرية سافينى مقررا أن البريتور عند حمايته واضع اليد ، قصد حماية المالك ذاته . وقد يبدو هذا الرأى غريبا لأول وهلة ، إذ قد توجه أوامر وضع اليد ضد المالك فى بعض الأحوال ، وقد تفيد السارق والغاصب . غير أن إهرنج رد على هذا الاعتراض بأن هذه الأحوال نادرة ، والنادر لا حكم له ، أما الغالب فى واضعى اليد أنهم مالكون ، وهم من قصد البريتور حمايتهم عند منحه أوامر وضع اليد . فقد يفضل المالك لحماية حقه على ملكه استخدام الأوامر على رفع دعوى الاسترداد ، إذ يجب عليه

عند رفع دعوى الاسترداد إثبات ملكيته ، وهو أمر شاق ، فلا يكفى فيه أن يثبت سبب ملكيته ، بل يجب عليه إذا كان قد اكتسبها بطريقة ناقلة للملكية ، أن يثبت أن سلفه كان مالكا للمال الذى اكتسبه منه ، وأن سلفه كان مالكا له كذلك ، وأن يستمر فى سلسلة الاثبات على هذه الصورة حتى يصل إلى سلف كان قد اكتسب هذا المال بطريقة منشئة للملكية ، أو كان قد تملكه بمضى المدة . ولذا كان أصلح للمالك أن يطرق باب الوسائل المقررة لحماية وضع اليد ، إذ يكفى لنجاحه فى إعادة ما اغتصب منه إلى يده ، أن يثبت وضع يده عليه مدة سنة أو مدة أطول من خصمه فى السنة الأخيرة . ولا شك فى أن إثبات وضع اليد ، وهى حالة مادية ، أمر بسيط لا يقاس بجانب عبء إثبات الملكية . فكأن الأصل فى حماية وضع اليد إنما هو حماية الملكية بطريق أسهل من إثبات الملكية .

٢٣٥ — ***أثر النظرية الرومانية فى الشرائع الحديثة*** : أخذت الشريعة الفرنسية[1] وكذلك كل الشرائع التى استمدت أحكامها منها (كالشريعة البلچيكية والطليانية والمصرية) بالتفرقة بين وضع اليد والحيازة العرضية . فوضع اليد (possesoion) هو الحيازة الفعلية للشىء بنية تملكه أو بنية استعمال حق عينى عليه . وتعرف الحيازة العرضية (détention) بأنها حيازة الشىء مجرداً عن النية ولذلك لا يتمتع الحائزون (détenteurs) مثل المستأجر بدعاوى وضع اليد . غير أن فى هذا تطويل للاجراءات بدون موجب ، إذ يجب على المستأجر كلما تعرض له شخص فى حيازته أن يرجع على المؤجر يطالبه بدفع هذا التعرض عنه . لذلك جرى العمل فى فرنسا على اشتراط التنازل فى عقد الاجارة عن دعاوى وضع اليد للمستأجر حتى يتمكن من حماية يده عند التعرض له فى الانتفاع بالشىء المؤجر دون الحاجة إلى الالتجاء إلى المؤجر بقصد دفع التعرض عنه .

أما الشرائع الحديثة كالقانون الألمانى والسويسرى[2] فلم تأخذ بهذه التفرقة بين واضعى اليد والحائزين بل منحت جميع الحائزين دعاوى وضع اليد بلا تمييز بينهم .

---

(١) بالمواد ٢٢٢٨ ، ٢٢٢٩ ، ٢٢٣٦ من القانون المدنى الفرنسى والمادة ٢٣ من قانون المرافعات الفرنسى .

(٢) راجع القانون المدنى الألمانى مادة ٨٠٨ والسويسرى بالمادة ٩٢٠ (١) .

الفصل الثالث

فى طرق اكتساب الملكية[1]

---

٢٣٦ — *تمهيد وتقسيم* : قد تكتسب الملكية على شيء من مالكه السابق وقد تكتسب على مال مباح لم يكن له مالك من قبل . فطرق اكتساب الملكية من النوع الأول تسمى طرقاً ناقلة للملكية (modes dérivés) وهى تنقل الملكية بقيودها العينية المقررة فى عهد المالك السابق ، وطرق النوع الثانى تسمى منشئة للملكية (modes originaires) وهى تكسب الملكية خالية من أى حق عليها لغير المالك .

وتنقسم الطرق الناقلة للملكية بدورها إلى اختيارية وإجبارية تبعاً لما إذا كان نقل الملكية بارادة المالك السابق أو رغماً منه . والطرق الاختيارية ثلاثة هى : الاشهاد (mancipatio) ، والدعوى الصورية (in jure cessio) ، والتسليم (traditio) . والاجبارية أيضاً ثلاثة وهى التقادم (usucapio) ، وحكم القاضى أو قرار البريتور ، ونص القانون .

ويمكن تقسيم طرق اكتساب الملكية من وجهة أخرى إلى طرق عامة (modes universels) ، وهى الشاملة لذمة الشخص أو لجزء نسبي منها كالنصف أو الثلث ، وهذه تفيد نقل الأموال بما عليها من الديون ، وإلى طرق خاصة (modes particuliers) وهى المقصورة على نقل شيء أو أشياء معينة من أموال الذمة دون نقل الديون .

---

(١) راجع : « De Francisci, « Il trasferimento della proprietà .

وكذلك يمكن تقسيمها من وجهة أخرى إلى طرق ناقلة للملكية فى أثناء الحياة ، خاصة كانت أو عامة ، كالهبة بمال معين أو كبيع أموال المفلس ، وإلى طرق ناقلة للملكية بعد الوفاة ، عامة كانت أو خاصة ، كالميراث أو الوصية بأموال معينة .

وسنقصر دراستنا على الطرق الخاصة المكسبة للملكية حال الحياة بنوعيها الناقلة والمنشئة .

المبحث الأول

فى الطرق المنشئة للملكية

هذه الطرق هى :

١ — الاستيلاء (occupatio) .

٢ — التنويع (specificatio) .

٣ — تملك الثمرات (acquisition des fruits) .

٤ — التبعية (accessio) .

وكل هذه الطرق منشؤها قانون الشعوب (jus gentium)[١] .

§ ١ — الاستيلاء (occupatio)

٢٣٧ — **تعريف** : الاستيلاء هو الصورة الصحيحة لاكتساب الملكية بطريقة منشئة لها . وهو عبارة عن وضع اليد على شىء غير مملوك لأحد ، بقصد تملكه . فبمجرد الاستيلاء على الشىء المباح يكتسب الشخص ملكيته مادامت لديه نية التملك .

٢٣٨ — **تطبيقات** : ويشترط لتطبيق هذه القاعدة توافر شروط ثلاثة :

١ — أن يكون هناك وضع يد .

٢ — أن يكون المال الذى حصل وضع اليد عليه لا مالك له .

(١) وأصبحت من طرق اكتساب الملكية المدنية منذ أوائل الإمبراطورية على الأقل فيما يتعلق بالأموال غير النفيسة وبالنسبة لجميع الأموال فى عهد جوستنيان .

٣ — أن يكون وضع اليد بنية التملك .

ولا يتصور الاستيلاء إلا على الأشـياء المباحة (res nullius) وأكثرها من الأموال المنقولة ، وإليك بعض التطبيقات للاستيلاء فى قانون جوستبيان :

١ — يجوز الاستيلاء على العقارات التى تتكون فى عرض البحار بفعل الطبيعة دون أن تكون ملحقة بعقارات أخرى ، وكذلك اللآلىء والأحجار الكريمة إذا وجدت فى قاع البحر أو على شاطئه .

٢ — كذلك الحيوانات المتوحشة فيتملكها الشخص بصيدها سواء أحصل هذا الصيد فى أرض مملوكة له أم فى أرض مملوكة للغير ، ولكن فى هذه الحالة للمالك أن يطالب الصائد بالتعويض عن الأضرار التى تكون قد لحقت بأرضه من جراء دخوله فيها للصيد .

وذلك بعكس الحيوانات الأليفة فلا يتملكها الشخص بحيازتها ولو خرجت عن حيازة مالكها الأصلى إذ تبقى الحيوانات المفقودة ملكا لمالكها الأصلى ، ويعتبر الحائز لها بسوء نية سارقا .

٢ — وتعتبر الأسلاب وغنائم الحرب من الأشياء المباحة ، مع ملاحظة أن هذه الأسلاب أو الغنائم الناتجة من حرب نظامية لا تعتبر مالا مباحا لمن استولى عليها ، إذ هى ملك للدولة التى تتولى فيما بعد توزيعها أو بيعها .

إنما يمكن تصور تملك فرد لشىء منقول مملوك لعدو بطريق الاستيلاء فى صورة واحدة وهى حالة ما إذا قام نفر أو جماعة أو عصابة من الرومان بالسطو على القبائل البربرية المجاورة لحدود روما ، واستولوا على أموالهم . فمثل هؤلاء البرابرة يعتبرون من الأعداء إذ ليس بينهم وبين روما أية معاهدة ، وأموالهم كأشخاصهم حل لمن يستولى عليها .

٤ — الكنز (trésor) وهو كل شىء نفيس مخبأ أو مدفون فى الأرض ، وليس فى مقدور أى شخص أن يثبت ملكيته له ، ويعثر عليه بمحض المصادفة . فاذا اكتشف المالك كنزا بأرضه ملكه .

وقد اختلف الشراح فى بيان السند القانونى الذى ينتهى إليه تملك الشخص الذى يجد كنزا فى أرضه ، فيرى بعضهم أنه يتملكه بطريق الاستيلاء عليه ويرى البعض الآخر[1] ، ورأيهم هو الراجح ، أنه يتملكه بطريق التبعية باعتباره جزءاً أو تابعا للأرض التى يملكها . وتظهر أهمية التفرقة بين الرأيين المتقدمين فى أنه يشترط فى الرأى الأول استيلاء المكتشف على الكنز بالفعل ، ولا يكفى الاكتشاف وحده كما فى الرأى الثانى .

وأما إذا كان مكتشف الكنز غير مالك للأرض التى وجد بها ، فقد كان المستقر عليه قبل عهد الامبراطور أدريان أن يذهب الكنز لمالك الأرض وليس للمكتشف عليه أى حق . ولكن الامبراطور أدريان غير هذا الحكم فمنح المكتشف نصف الكنز تشجيعاً له واعترافاً بفضله .

وقد اختلف الشراح أيضاً فى تكييف السند القانونى الذى يستند إليه تملك المكتشف لنصف الكنز . فبعضهم يرى أن المكتشف يتملك نصف الكنز بحكم القانون مكافأة له على اكتشافه ، بينما يرى البعض الآخر أنه يتملكه بطريق الإستيلاء باعتباره مالا مباحاً (res nullius) .

٥ — وهناك تطبيق آخر للاستيلاء يتعلق بالأشياء المتروكة (res derelictae) وهى الأموال المنقولة أو الثابتة التى تنازل أصحابها عنها بارادتهم . وحكمها فى عصر جوستنيان أن من يستولى عليها يتملكها باعتبارها مالا مباحاً . وقد وجد فى العصر العلمى تعليل آخر لهذه الحالة ، وهو أن الشخص الذى تنازل عن ملكه بتركه إياه ، إنما يسلمه بهجره له وتركه إلى شخص مجهول ، فمن يستولى عليه يتملكه بطريق التسليم (traditio) من المالك الأصلى .

وتظهر أهمية التفرقة بين الرأيين فى أن المالك طبقاً للرأى الثانى لا يفقد ملكيته على الشىء بمجرد تركه ، بل لا بد من استيلاء شخص آخر عليه .

---

(١) انظر كيك ، طبعة سنة ١٩٢٨ ص ٢٨٠ .

§ ٢ — التحويل أو التنويع (specificatio)[1]

٢٣٩ — **التعريف** : التنويع هو تغيير نوع الشيء بالصنع ويحصل بايجاد شيء جديد (nova species) كتحويل العنب إلى خمر والزيتون إلى زيت والخشب إلى كراسي والسبيكة إلى حلى .

وتظهر أهمية هذا البحث فى حالة اختلاف الصانع عن المالك للمادة الأولية وعدم اتفاقهما على إحداث التنويع . فلمن تكون ملكية الشيء الجديد ؟ أهى لمالك المادة الأولية أم للصانع الذى أوجد الشيء الجديد ؟

٢٤٠ — **قواعده** : قد كان لاختلاف نظريات فلاسفة اليونان من حيث نظرهم إلى جوهر الأشياء تأثير كبير فى تقرير أحكام التنويع . ذلك أن أرسطو وأتباعه يرون أن ما يهم فى الأشياء هو مظهرها أو شكلها (forme) ، بينما يرى الرواقيون (les stoïciens) أن المهم فيها هو المادة (matière) التى تتكون منها هذه الأشياء .

وكان لاختلاف فلاسفة اليونان هذا أثره فى اختلاف آراء فقهاء الرومان فى العصر العلمى . فالسابينيون (Sabiniens) ، وقد تأثروا بمذهب الرواقيين ، ذهبوا إلى القول بأن الشيء الجديد ملك لمالك الشيء الأصلى ، فالنبيذ يعتبر ملكا لمالك العنب لأنه استخرج منه . ويرى البروكيليان (Proculiens) عكس ذلك ، فهم يقررون بأن الشيء الجديد يكون ملكا للصانع ، لأن المهم فى هذه الحالة هو شكل الشيء أو صورته الجديدة التى خلقها الصانع لا المادة المتكون منها ، فيكون النبيذ على ذلك لصانعه لا لمالك العنب بطريق الاستيلاء (occupatio) باعتبار الشيء المصنوع فى صورته الجديدة شيئاً جديداً لم يكن له مالك بعد ، أو بناء على

---

(١) راجع فى التنويع R. Piccard, Recherches sur l'histoire de la spécification, thèse Lausanne, 1929, L. Falletti, L'emploi du terme forma (Mélanges Paul Fournier, 1929, pp 224- 228).

أن الشيء المصنوع يكون ملكا لمن أوجده وهو الصانع .

إلا أن جستنيان لم يأخذ بأحد الرأيين السابقين ، بل اختط سبيلا وسطاً وفرق بين حالتين : حالة التنويع الكامل (spécification parfaite) ، وحالة التنويع الناقص (spécification imparfaite) . فني حالة التنويع الكامل ، حيث يتكون شيء جديد لا يمكن إعادته إلى أصله كحالة النبيذ والزيت ، يندثر الشيء القديم بما عليه من الملكية عند صنع الشيء الجديد ، ويصير الشيء الجديد ملكا للصانع (spécificateur).

أما فى حالة التنويع الناقص ، أى فى حالة ما إذا أمكن إعادة الشيء الجديد لأصله ، كما إذا حولت سبيكة من الذهب إلى آنية ، إذ يمكن إعادة الآنية الذهبية إلى أصلها ، يكون الشيء الجديد ملكا لمالك الشيء الأصلى على أن يعوض الصانع عن الزيادة فى القيمة بسبب عمله .

§ ٣ — اكتساب الثمرات (Acquisition des fruits)

٢٤١ — **الثمرات للمالك** : القاعدة العامة أن منتجات الشيء ملك لصاحبه سواء أبقيت متصلة به أم انفصلت عنه ، وسواء أكانت من الحاصلات (produits) أم من الثمرات (fruits) . فاذا كانت متصلة بالشيء فتعتبر جزءاً منه ، أما إذا فصلت عنه فالمالك يتملكها بطريق التبعية (accessio) لأنها تعتبر تابعة للشيء الأصلى ومالك الشيء الأصلى مالك للشيء التبعى طبقاً للقاعدة الرمانية المشهورة : (accessio cedit principali ; accessorium sequitur principale).

٢٤٢ — **تملك المستأجر والمنتفع الثمرات** : إنما قد تكون الثمرات لغير مالك الشيء المثمر إما بناء على حق عينى كالانتفاع أو حق شخصى كالاجارة أو بناء على مجرد وضع اليد على الشيء الذى أنتج الثمرات كما هو حال واضع اليد حسن النية (possesseur de bonne foi) .

على أنه يجب التمييز بين المستأجر والمنتفع من جهة ، وبين واضع اليد حسن

النية من جهة أخرى من حيث كيفية اكتسابهم الثمرات ، ومن حيث الأساس القانونى لتملكهم هذه الثمار .

ذلك أن المستأجر والمنتفع يكتسبان ملكية الثمار بالجنى (perception) أى بالاستيلاء عليها فعلا ، ولا يكفى فى ذلك انفصالها بفعل آخر غير الجنى . فاذا سرقت وهى متصلة بالأرض ، فلمالك الأرض وحده حق استردادها من السارق باعتباره المالك لها وعليه ردها بعد ذلك إلى المستأجر أو المنتفع .

أما عن الأساس القانونى الذى يبنى عليه امتلاكهما الثمرات فيقول الشراح : إن المنتفع يتملك الثمرات بنوع من الاستيلاء (occupatio) بناء على حقه العينى . أما المستأجر ، وحقه شخصى ، وليس له سوى الحيازة العرضية ، فله الثمرات بطريق التسليم (traditio) من المالك .

٢٤٣ — **واضع اليد حسن النية** : أما واضع اليد حسن النية فيتملك الثمرات بمجرد انفصالها عن الشىء المثمر (par la séparation) وقبل أن يجنيها لنفسه أو يستحوذ عليها ، بحيث إذا فصلت بسرقة الغير ، فواضع اليد له استردادها ورفع دعوى السرقة دون المالك . وبنوا هذا الحكم على أن واضع اليد محق فى تملك الثمرات التى أنتجها عمله فى مقابل تعهده الشىء بالعناية والزراعة (pro cultura et cura) ، وعلى أن واضع اليد حسن النية رتب نظام معيشته على هذه الثمار معتقدا أن الشىء ملكه فاذا استرد المالك ملكه بعد ذلك ، فليس له أن يطالب واضع اليد بالثمار السابقة أو بقيمتها .

هذا هو الحكم الذى انتهى إليه القانون الرومانى فى عصر الامبراطورية ، ولكن الحكم قبل هذا العصر كان مختلفا ، فقديما كان واضع اليد حسن النية لا يتملك الثمرات ، إلا بمضى المدة المقررة لاكتساب المنقول بطريق التقادم على جنيها .

وأما فى عصر جستنيان فان واضع اليد حسن النية ، وإن كان يتملك الثمرات بانفصالها إلا أن الامبراطور المذكور فرق بين الثمرات التى استهلكها واضع اليد

بالفعل وبين الثمرات الباقية عنده . فقرر أن للمالك الذى يسترد ماله ، الحق فى استرداد الثمرات الباقية دون المستهلكة . وهذا التفريق بين الثمرات المستهلكة والثمرات الباقية منتقد كثيرا من الباحثين فى القانون الرومانى لوجود الحكمة التشريعية فى النوعين[1] .

§ ٤ — التبعية أو الاضافة أو الالتصاق (Accessio)

٢٤٤ — **القاعدة العامة** : الالتصاق أو إضافة الملحقات للملك سبب من أسباب التملك ، بمقتضاه يتملك صاحب الشىء ما اتحد به اتحاداً يتعذر معه فصله منه بغير تلف .

والأصل أنه إذا اتحد شيئان فانه يكون لمالكيهما الحق فى طلب فصلهما ، ولكن إذا كان هذا الفصل غير ممكن أو يترتب عليه تلف فان القانون يخول مالك الشىء الأصلى (la chose principale) أن يتملك الكل ، ويعطى صاحب الشىء التابع (la chose accessoire) الذى اتحد بالشىء الأصلى تعويضاً ، على الأقل فى الأحوال التى لم يكن فيها سبب الالتصاق بقصد منه .

وقد نقل هذا المبدأ المقرر فى القانون الرومانى إلى التشريعات العصرية باعتبار أن كل ما يلتحق بالملك يكون مملوكا لصاحب الملك المذكور .

والالتصاق على أنواع ثلاثة :

(١) التصاق عقار بعقار كالطمى ، (٢) والتصاق منقول بعقار كالبناء ، (٣) والتصاق منقول بمنقول كاختلاط كميتين من الغلال .

فيصير الشىء التبعى (chose accessoire) ملكا لصاحب الشىء الأصلى (chose principale) سواء أكان ذلك فى حالة التصاق عقار بعقار أم منقول بعقار ، أم منقول بمنقول .

٢٤٥ — **الحالة الأولى : التصاق عقار بعقار** : يحصل ذلك فى حوادث

---

(١) راجع جيفار ، طبعة سنة ١٩٣٤ . الجزء الأول ، ص ٣٩٢ .

التغيير التى تقع بفعل تيار المياه فى الأنهار العامة بالنسبة للأراضى الواقعة على شواطئها وصورها أربعة :

الأولى : طمى النهر (alluvio) .

والثانية : طرح النهر (avulsio) .

والثالثة : الجزر المكونة فى وسط النهر .

والرابعة : مجرى النهر المتروك أو المهجور (lit abandonné) .

الصورة الأولى : طمى النهر (alluvion) : هو الزيادة التى تحصل تدريجا وبصفة غير محسوسة بما يضيفه النهر من الطمى إلى الأراضى المجاورة له ، فهو عبارة عن التربة المكونة بجانب الأرض تدريجا بفعل التيار الطبيعى بما تضيفه المياه إلى الأرض أو بما يتركه المجرى من الشاطئ عند انسحابه إلى الشاطئ الآخر فهذه الزيادة تكون ملكا لأصحاب الأراضى التى التصقت بها بطريق التبعية .

الصورة الثانية : طرح النهر (avulsio) : هو قطع من الأرض يفصلها النهر بقوة جريانه ويضمها إلى أرض أخرى مقابلة . فهذه الأراضى تبقى ملكا لمالكها الأصلى حتى تنبت جذور الأشجار التى كانت هائمة عليها فى الأرض التى التصقت بها . فاذا أهمل مالكها الأصلى فى المطالبة بها مدة تكفى لتثبيت الجذور فانها تصبح تابعة للأرض التى التصقت بها وملكا لمالك هذه الأرض .

الصورة الثالثة : الجزر المكونة فى وسط النهر : وهى التى تنشأ فى مجرى النهر من تراكم الطمى ، وتكون ملكا لأصحاب الأراضى المقابلة للجزيرة .

وقد تصور الرومان لتوزيع الجزيرة على أصحاب الأراضى المقابلة خطا وهميا يشق النهر قسمين متساويين فيمنح أصحاب الأراضى المجاورة ما يقع من الجزيرة فى النصف المقابل لأرضهم .

ويجب التمييز بين الجزر التى تكونت بفعل تراكم الطمى فى مجرى النهر عن التى تكونت من شق النهر للأراضى الموجودة على ضفته ، فهذه الجزر تبقى ملكا لصاحبها الأصلى .

الصورة الرابعة : مجرى النهر المتروك (lil abandonné) : أى الذى تحول عنه النهر إلى جهة أخرى . فجرى النهر المهجور هذا يكون ملكا لأصحاب الأراضى المقابلة له ويوزع بنفس القاعدة المقررة فى الصورة المتقدمة .

٢٤٦ — **الحالة الثانية : التصاق منقول بعقار** : قد يحدث أن يلتصق منقول بعقار بحيث لا يمكن فصلهما بعضهما عن بعض بدون ضرر أو تلف . وقد نص القانون الرومانى على صورتين لهذه الحالة وهما البناء والغراس .

فقد يحدث أن يبنى شخص على أرض مملوكة له بأدوات ومهمات مملوكة للغير أو يقوم ببناء على أرض مملوكة للغير بأدوات ومهمات مملوكة له .

الصورة الأولى : البناء على أرض البانى بأدوات ومهمات مملوكة للغير : تعتبر الأرض فى هذه الحالة الشىء الأصلى ، والبناء الشىء التبعى ، فيكون البناء مملوكا لصاحب الأرض بالتبعيـة . أما عن حق صاحب المهمات فى التعويض قبل المـالك ، فيجب فيه التفريق بين ما إذا كان البانى حسن النية أو سىء النية . فان كان حسن النية أى يعتقد أن الأدوات والمهمات ملـكه ، فانه يتملك البناء ، إنما لصاحب الأدوات أن يطالبـه بضعف قيمة المهمات . ولـكن ليس لصاحب الأدوات مطالبة البانى بهدم البناء وتسليمه الأدوات التى أخذت ، على أن لمـالك المهمات أو الأدوات إذا انهدم البناء لأى سبب كان ، سواء بفعل البانى أو بفعل خارج عن إرادته ، الحق فى المطالبة بمهماته بشرط ألا يكون قد حصل على التعويض .

أما إذا كان البانى سيئ النية ، أى يعرف أنها ملك الغير . ففى هذه الحـالة يتملك المـالك البناء بالتبعية أيضاً ، إنما لمـالك الأدوات مطالبته بتسليمها . ولـما كان هذا التسليم غير ممكن ما دام البناء قائماً فانه يحكم عليه فوق الضعف بتعويض الضرر الذى لحق صاحب المهمات بسبب حرمانه من أدواته ، وكذلك يبقى حق المـالك للأدوات فى استردادها إذا ما انهدم البناء لأى سبب كان ، ولو كان قد أخذ تعويضاً عنها .

الصورة الثانية : البناء على أرض الغير بأدوات مملوكة للبانى : فى هذه الحالة

أيضا يكون البناء ملكا لصاحب الأرض بالتبعية ، ولصاحب الأدوات التعويض ولكي نعرف مقدار التعويض يجب أن نفرق بين حالتين :

الأولى : إذا كان البانى حسن النية

الثانية : إذا كان البانى سيء النية

فاذا كان البانى حسن النية ، أى كان يعتقد أن الأرض التى بنى عليها ملكه ثم ظهر المالك الحقيقى ، فيكون البناء ملكا لمالك الأرض الحقيقى ، إنما عليه أن يعوض البانى حسن النية ، وللبانى أن يحبس العين تحت يده حتى يدفع المالك قيمة التعويض ، وهو أحد أمرين يخير المالك بين دفع أيهما ، فيكون مخيرا بين دفع قيمة المهمات أو الأدوات وأجرة العملة ، وبين دفع ما زاد فى قيمة الأرض بسبب البناء (plus value) . إنما إذا خرج العقار عن يده فلا حق له قبل المالك المسترد حتى يتهدم البناء ، فيكون له حينئذ الحق فى استرداد أدواته التى استخدمها فى البناء .

وأما إذا كان البانى (واضع اليد) سيء النية ، أى يعلم أن الأرض مملوكة للغير ، فلا حق له فى التعويض إطلاقا من المالك ، إنما له إذا كان حائزا للعقار إزالة البناء بشرط ألا يضر الهدم بالعقار ، وله استرداد الأدوات متى انفصلت عن الأرض لأى سبب كان .

أما فى حالة الغراس ، فاذا غرس شخص أشجارا مملوكة للغير بأرضه بحسن نية ، فانه يتملك هذه الأشجار باعتبارها تابعة ، وإنما عليه تعويض مالكها عن قيمتها .

وإذا كان الغارس أو الزارع سيء النية فانه يطالب بتعويض كل الضرر الذى لحق مالك البذور أو الأشجار ، بسبب حرمانه من بذوره أو أشجاره (لا بالقيمة فقط) .

ويلاحظ أن الغراس يختلف عن البناء فى أنه إذا انفصل عن الأرض فليس لمالكه الأصلى أن يطالب به ، لأن الأشجار المغروسة تكون قد تغيرت بالنمو بما تغذته من الأرض فى هذه المدة .

٢٤٧ — **الحالة الثالثة : التصاق منقول بمنقول** : يجب علينا فى هذه الحالة أن نفترض أن المنقولين مملوكان لشخصين مختلفين ، وأن الالتصاق لم يكن بناء على اتفاق سابق بين المالكين ، وإلا كان مصيرهما طبقا لهذا الاتفاق . كذلك يجب أن ينشأ من الالتصاق شيء جديد أو على الأقل أن يتحد المنقولان اتحادا لا يمكن فيه فصل أحدهما عن الآخر بدون كسر أو تلف أو أن يستحيل الفصل مطلقا ، كاستخدام حرير الغير فى تطريز معطف أو كتركيب عجلة فى عربة أو تصوير صورة على لوحة أو اختلاط كميتين من الغلال أو مقدارين من النبيذ أو كتابة كتاب على ورق أو قرطاس مملوك للغير .

فلمن الشيء الجديد ؟ إن المبدأ المقرر هو أن المادة التى استعملت فى التطريز أو التى استعملت فى الكتابة تصبح ملكا لمالك القماش أو الورقة باعتبار أن القماش أو الورقة (القرطاس) هى الشيء الأصلى ، وأن أدوات التطريز أو الكتابة هى الشيء التبعى ولا عبرة بالقيمة فى تمييز الشيء الأصلى عن الشيء التبعى . أما فيما يتعلق بالتصوير ، فقد قرر الشراح الرومان بأن الصورة تكون ملكا للمصور ، وذلك لأنهم لم يشاءوا أن ينزلوا بحذق المصور فيجعلوه تابعاً للوحة ، وهى شيء تافه وعديم القيمة بجانب حذق المصور وإتقانه لفنه .

ويلاحظ أن هذا الحكم يختلف عن الحكم السابق ذكره بالنسبة للكتابة إذ اعتبرت الكتابة تابعة للقرطاس ويرجع السبب فى ذلك إلى أن الرومان كانوا لا يرون فى الكتابة سوى حروف مرصوصة ، لا تستلزم فى الكاتب حذقا أو مهارة فنية .

ويجب التفرقة بين الالتصاق (accessio) من جهة وبين الخلط (commixtio) أو المزج (confusio) من جهة أخرى ، وهو اختلاط أشياء مثلية بعضها ببعض كنبيذ أو قمح . وحكم هذا الاختلاط أن يصبح الشيء المزوج أو المخلوط ملكا بالمشاع للمالكين كل منهما بمقدار نصيبه ، ويكون لكل منهما طلب قسمة المزيج أو المخلوط[1] .

(١) راجع جيرار ، طبعة ١٩٢٩ ، ص ٣٥١ .

المبحث الثانى

فى الطرق الاختيارية الناقلة للملكية

٢٤٨ — **نقل الملكية بالتراضى** : ننتقل الآن إلى الكلام على الطرق الاختيارية لنقل الملكية أى الكلام على نظرية نقل الملكية بالتراضى . ويجب أن نلاحظ مبدئيا أن التراضى أو الاتفاق (convention) لم يكن كافياً فى القانون الرومانى لنقل الملكية بل لا تنشأ عنه سوى التزامات أى حقوق شخصية ، أما الملكية فلا بد لانتقالها من عمل قانونى مستقل عن الاتفاق أو بعبارة أخرى من طريقة لنقل الملكية (mode de transfert) .

٢٤٩ — **طرق نقل الملكية** : وطرق نقل الملكية الاختيارية ثلاثة : الاشهاد ، والدعوى الصورية وكلاهما تابع للقانون المدنى ، والتسليم وهو من نظم قانون الشعوب .

ولم يبق من هذه الطرق فى عهد جوستنيان سوى التسليم بعد زوال الاشهاد والدعوى الصورية . وقد استخدم الرومان الاشهاد والدعوى الصورية حتى العصر العلمى فى نقل الملكية على الأموال النفيسة والتسليم فى نقل الملكية على الأشياء غير النفيسة .

٢٥٠ — **القواعد المشتركة بين الطرق المتقدمة** : ويشترط فى جميع الطرق الثلاثة المذكورة أن يكون الناقل مالكا وأهلاً للتصرف ، إذ لا يملك شخص أن يملِّك ما لا يملك . إلا أن لهذه القاعدة استثناءات فقد يكون للشخص حق نقل ملكية شىء دون أن يكون مالكا له كالوصى والقيم بالنسبة لأموال الخاضعين لوصايتهم أو قوامتهم ، وقد يكون مالكا وأهلاً للتصرف دون أن يكون قادراً على نقل ملكية أموال معينة كعقارات الدوطة أو الأشياء المتنازع عليها .

وتحوى هذه الطرق الثلاثة عناصر مادية تعطيها صفة العلنية ، وتؤدى إلى إشهار التصرف ، وكانت هذه العلنية مكفولة بالاشهاد الذى يتم بحضور شهود ، وبالدعوى الصورية التى تتم أمام القاضى وبنقل الحيازة الفعلية فى التسليم .

§ ١ — الاشهاد (Mancipatio)

٢٥١ — **تطبيقات** : الاشهاد إجراء يتم بالسبيكة والميزان (per aes et libram) . ويستخدم بالنسبة للأشخاص الأحرار والأشياء النفيسة ، فيستخدم لاكتساب السلطة الزوجية فى حالة انعقاد الزواج بالشراء (coemptio) ، أو لاخضاع ولد لسلطة الغير (in mancipio) ، أو كطريقة غير مباشرة لتحقيق التبنى أو التحرير كما سبق بيان ذلك فى كتاب الأشخاص ، وسنجد الاشهاد أيضاً كطريقة لانشاء حقوق الارتفاق .

على أن الغرض الأول والمهم من الاشهاد كان نقل الملكية ، وربما كان الغرض الوحيد الذى يؤديه الاشهاد فى العصر العلمى .

وقد كان الاشهاد مستعملا قبل الألواح الاثنى عشر وظل كذلك طول العصر العلمى ، ثم ضاع كل أثر له فى عهد جوستنيان .

٢٥٢ — **اجراءات الاشهاد** : تنحصر هذه الاجراءات ، كما يصفها لنا (Gaius) فى :

١ — وجود بعض أدوات هى الميزان وقطعة من النحاس .

٢ — وحضور شخص حامل للميزان (libripens) .

٣ — وحضور خمسة شهود بالغين من الذكور .

٤ — وحضور الطرفين بمجلس العقد وكذلك وجود المال المراد نقل ملكيته إن كان منقولا أو ما يرمز إليه به إن كان عقارا . وتبدأ إجراءات الاشهاد بأن يقبض المكتسب (acquéreur) على الشىء المراد نقل ملكيته (manu capere) ثم يعلن ملكيته له طبقاً للقانون الرومانى (jus quiritium) ، مع بيان سبب تملكه (الشراء (emptio) مثلا) ، ثم يضرب الميزان بقطعة النحاس ويسلمها إلى الناقل (aliénateur) كثمن للمبيع (quasi pretio) وكل ذلك دون أن يفوه الناقل بكلمة .

وسندرس فيما يلى التطور التاريخى للاشهاد ثم آثاره ودائرة استعماله فى العصر العلمى .

٢٥٣ — **تاريخ الاشهاد** : الاشهاد باجراءاته المتقدمة طريقة رسمية وصورية لنقل الملكية . فهو عقد بيع صورى (venditio imaginaria) مع تصوير وزن ثمن غير حقيقى .

لكن هذه الاجراءات الصورية كباقى الاجراءات الشكلية الأخرى كانت فى الأصل إجراءات حقيقية تتم بالفعل لتحقيق أغراض معينة وهو ما سنتبينه من دراستنا لتاريخ الاشهاد .

٢٥٤ — **الاشهاد فى الأصل بيع حقيقى بثمن معجل** : فقد كان الاشهاد بيعا حقيقيا (vente réelle) قبل أن يصير بيعا صوريا (vente fictive) ، وذلك فى العهد الذى كان فيه النحاس هو الأداة الوحيدة للتعامل بين الرومان . فالثمن كان سبائك من النحاس تسلم إلى البائع ، ولذلك وجد الميزان فى عملية الاشهاد لوزن الثمن الذى كان فى ذلك العهد معجلا فى كل البيوع .

وإذا حللنا إجراءات الاشهاد الأخرى ، وجدنا أن قبض المشترى للمبيع (manu capere) يفيد أن المبيع من المنقولات ، وهو ما يؤدى بنا إلى الاعتقاد بأن الاشهاد يرجع إلى العهد الذى كانت الملكية فيه مقصورة على المنقول دون العقار . ولما كانت الألواح الاثنى عشر قد نصت على الملكية العقارية بالنسبة لأموال الأسرة (heredium) ، أمكننا القول بأن الاشهاد يرجع إلى ما قبل عهد قانون الألواح الاثنى عشر ، أو بعبارة أخرى إلى ما قبل عهد الجمهورية ، ثم شمل الاشهاد العقار بعد أن زال شرط وجود المبيع فى مجلس العقد والاكتفاء بما يرمز إليه فيه .

أما عن اشتراط حضور خمسة شهود فى عملية الاشهاد ، فقد ذهب فى تفسيره بعض الشراح إلى أن هؤلاء الشهود كانوا يمثلون الطبقات الخمس للشعب طبقا للتقسيم الذى قرره سرفيوس تليوس ، لما يترتب على الاشهاد من نقل الملكية على أموال

نفيسة يهم الشعب جميعه أمرها . وذهب فريق آخر (Giffard, Collinet) إلى القول بأن الشهود الخمسة كانوا من أفراد العشيرة (gentiles) التى ينتمى إليها العاقدان ، يحضرون فى العقد لضمان نقل الملكية[١] .

٢٥٥ — **ثم صار بيعا صوريا** (vente fictive) : غير أن الاشهاد تحول فيما بعد إلى بيع صورى لا يوزن فيه الثمن بالفعل بل يرمز إليه فقط بقطعة من النحاس عديمة القيمة . ولكن ما تاريخ هذا التطور ؟

يرى جيرار (Girard) أن هذا التطور قد تم منذ تاريخ قانون الألواح ، بدليل أن الاشهاد كان يستخدم منذ عهد الألواح الاثنى عشر كوسيلة لنقل الملكية ولو لم يوزن الثمن بالفعل بمجرد تمام الاجراءات الأخرى أى ولو كان الثمن صوريا[٢] .

ويرى آخرون ومنهم (Appleton)[٣] أن الثمن استمر العمل على وزنه بالفعل فى عملية الاشهاد بعد قانون الألواح الاثنى عشر بزمن طويل ، إما لأن النقود المضروبة لم تكن قد عرفت بعد ، وإما لأن النقود — وإن سلم بظهورها فى ذلك العهد — فقد كانت فى الغالب قديمة الاستعمال بحيث كانت تستلزم وزنها دائما لتقدير قيمتها . ولذلك يرى هذا الفريق الأخير استبعاد قانون الألواح الاثنى عشر عند تعيين تاريخ هذا التطور .

وكل ما يمكن تأكيده فى هذا الصدد هو أن وزن الثمن صار صوريا منذ القرن الخامس لروما بظهور النقود كأداة للتعامل . ويحدد (Cuq) هذا الوقت بظهور النقود الفضية ، أى سنة ٤٨٦ من تاريخ روما أو سنة ٢٦٨ قبل الميلاد[٤] . ولكن بقى الميزان والسبيكة فى عملية الاشهاد كأثر من آثارها الأولى . وبذلك أصبح

---

(١) راجع جيرار ، طبعة ١٩٢٩ ، ص ٣١٠ هامش ١ — وجيفار ، طبعة ١٩٣٤ الجزء الأول ، ص ٣٥٩ ، هامش ٣ .

(٢) راجع جيرار ، طبعة ١٩٢٩ ، ص ٣١٠ .

(٣) انظر (Appleton) فى المجلة العامة للقانون ، سنة ١٩٢١ ، (La Revue Générale de Droit. 1921).

(٤) انظر كيك ، طبعة سنة ١٩٢٨ ، ص ٢٧٣ .

الاشهاد بيعا صوريا فقط إذ السبيكة أو قطعة النحاس التى يسلمها المكتسب للناقل كانت فى الواقع عديمة القيمة .

وهكذا بقى الاشهاد باجراءاته الشكلية الأولى مع تغير وظائفه واتساع أغراضه .

٢٥٦ — **وأخيرا صار طريقة مجردة لنقل الملكية** (acte abstrait de trans-fert) : أصبح الاشهاد حينئذ طريقة عامة لنقل الملكية على الأموال النفيسة .

١ — فقد يستخدم الاشهاد لنقل الملكية تنفيذا لعقد بيع ، ولنقل ملكية المبيع إلى المشترى .

٢ — وقد يستخدم لنقل الملكية فى غير حالة البيع ولو بدون مقابل لتحقيق هبة ، أو على سبيل الدوطة ، أو لتنفيذ وصية أو لتقرير ضمان عينى ، وفى هذه الأحوال كلها يتم الاشهاد بثمن صورى (nummo uno) .

وهكذا أمكن استخدام الاشهاد فى عقود كثيرة ، ولتحقيق أغراض شتى . وهو ما يعبرون عنه بقولهم إن الاشهاد عمل مجرد (acte abstrait) أى مجرد عن سببه . فالملكية تنقل بناء على الاشهاد بمجرد تمام إجراءاته ، ولو اختلف الطرفان على السند الذى استند إليه (الموسوعات ٤١ ، ١ ، ٣٦) .

٢٥٧ — **زوال الاشهاد فى عهد جوستنيان** : بقى الاشهاد معمولا به فى العصر العلمى كما يؤيد ذلك بعض العقود المحفوظة لدينا من هذا العصر . غير أنه أصبح منذ القرن السادس لروما إجراء صوريا ، فالثمن أصبح لا يوزن بالفعل ، وصار الاشهاد يتم بالكتابة . ثم إنه صار غير ضرورى لنقل الملكية على الأموال النفيسة . فضلا عن أنه لا يستعمل إلا نادرا فى الامبراطورية الرومانية الشرقية . وأخيرا زال فى عهد جوستنيان . ولذلك سنقتصر على بيان آثاره ونطاقه فى العصر العلمى .

٢٥٨ — **آثار الاشهاد فى العصر العلمى** : يترتب على الاشهاد نقل الملكية الرومانية (dominium ex jure quiritium) فى الحال من الناقل المالك إلى

المكتسب ، ولو لم ينقل الحيازة فعلا إلى الأخير ، أو ولو لم يكن الأول واضعا يده على العقار الذى أراد نقل ملكيته .

ولكن المهم معرفته هو تعيين الوقت الذى تنتقل فيه الملكية إلى المشترى فى حالة ما إذا أجرى الاشهاد تنفيذا لعقد بيع (vendendi causa) . وذلك لأن أغلب الشراح يرون أن الملكية لا تنقل بالاشهاد فى حالة البيع إلا إذا كان الثمن قد دفع بالفعل . وهذه القاعدة — أى تعليق نقل الملكية على دفع الثمن — قررها جوستنيان بخصوص التسليم (instutes, 2, 1, 41) . ويرى هذا الفريق من الشراح أن كلة التسليم فى النص المذكور قد أدخلها جوستنيان نفسه ، وكان النص فى الأصل خاصا بالاشهاد ، حيث صار التسليم فى عهده الطريقة العادية والوحيدة لنقل الملكية بالتراضى .

ويرى فريق آخر من الشراح (Giffard, Collinet)[1] أن الملكية كانت تنتقل بمجرد تمام إجراءات الاشهاد ، بغض النظر عن دفع الثمن ، كنتيجة لرسمية الاجراءات (formalisme) . فالاشهاد ، وهو عمل مجرد (acte abstrait) ينقل الملكية بمجرد تمام إجراءاته مجردا عن أى اعتبار آخر . إنما من المحتمل جدا أن البائع كان يحتاط لنفسه بعدم إجراء الاشهاد قبل قبضه الثمن بالفعل .

٢ — كذلك يترتب على الاشهاد ضمان البائع استحقاق المبيع (éviction) بمعنى أنه إذا اتضح أن الناقل قد تصرف فى ملك غيره واسترده صاحبه ألزم الناقل برد ضعف الثمن إلى المكتسب (acquéreur) وذلك بدعوى الضمان (actio auctoritatis) .

٣ — كذلك يضمن الناقل مساحة الأرض المبيعة كما حدها البائع في الاشهاد . بمعنى أنه إذا ظهر أن قدر الأرض المبيعة ناقص عن المقرر فى الاشهاد وجب عليه أن يرد ضعف ثمن القدر الناقص وذلك بالدعوى المسماة (actio de modo agri)

٢٥٩ — **دائرة استعمال طريقة الاشهاد** : لما كان الاشهاد من النظم المقررة فى القانون المدنى ، كان استخدامه مقصوراً على الرومان واللاتينيين القدماء ولكن

(١) انظر جيفار ، طبعة ١٩٣٤ ، الجزء الأول ، ٣٩٢ .

سمح باستخدامه فيما بعد للاتينيين المستعمرين وكذلك للأجانب الذين منحوا حق التعامل (commercium) .

ولكن ما هى الأشياء التى يصح نقل ملكيتها بالاشهاد ؟ الأصل فى الاشهاد أنه مقصور على الأموال النفيسة ، بل هو الطريق الضرورى لنقل الملكية الرومانية على هذه الأموال . فلا يجوز استخدامه لنقل ملكية الأموال غير النفيسة .

على أن الأمر ، وإن كان كذلك فى القانون القديم ، فقد تغير الحال فى العصر العلمى . ذلك أن هناك نصوصاً ترجع إلى القرن الثانى من الميلاد تفيد استخدام الاشهاد فى نقل الملكية على بعض الأموال غير النفيسة كاللآلئ والأشياء الثمينة والأراضى الاقليمية [١] .

§ ٢ — الدعوى الصورية (L'in jure cessio)

٢٦٠ — **طبيعة الدعوى الصورية وحالاتها** : إذا كان الاشهاد بيعا صوريا فالدعوى الصورية إجراء صورى أيضا . وقد رأينا فى دراستنا السابقة تطبيقات عدة للدعوى الصورية فى باب العتق والتبنى والوصاية . وسنرى تطبيقا لها فى تقرير حقوق الارتفاق . وهى كالاشهاد منصوص عليها فى قانون الألواح الاثنى عشر ، ويرى بعض الشراح أنها تقررت لتكملة طريقة الاشهاد ، فهى لاحقة للاشهاد من حيث تاريخ ظهورها [٢] .

٢٦١ — **اجراءاتها** : إذا استخدمت الدعوى الصورية كطريقة لنقل الملكية فانها ترفع فى صورة دعوى الاسترداد . فيحضر الطرفان أمام الحاكم القضائى ، ويقرر المكتسب وهو قابض على الشىء المراد نقل ملكيته إليه بأنه مالك له طبقا لأحكام القانون المدنى ، ثم يسأل البريتور الناقل إذا كان لديه وجه للاعتراض ، فاذا سكت أو أجاب سلباً ، حكم القاضى بالحاق الشىء بملك المكتسب .

---

(١) راجع جيفار ، طبعة ١٩٣٤ ، الجزء الأول ، ص ٣٦٣ .

(٢) جيرار ، طبعة ١٩٢٩ ، ص ٣١٥ — فرانسسكى (Francisci) ، فى كتابه (Il Trasferimento) ص ١٢٩ هامش ١ .

والدعوى الصورية عمل من أعمال ولاية البريتور الادارية لا القضائية التى له مباشرتها حتى خارج المحكمة أو فى غير الأيام المحدودة للتقاضى .

٢٦٢ — **مجال تطبيق الدعوى الصورية** : لا شك فى جواز استخدام الدعوى الصورية لنقل الملكية على الأشياء النفيسة . إلا أنها كانت فى الواقع نادرة الاستعمال فى الأشياء النفيسة ، وغير مفيدة فى نقل ملكية الأموال غير النفيسة ، لاستخدام العاقدين غالباً طريقة الاشهاد فى نقل ملكية الأموال النفيسة ، والتسليم فى غيرها .

٢٦٣ — **آثارها** : يترتب عليها نقل الملكية الرومانية كالاشهاد . وإنما لا يترتب على هذه الطريقة حق الضمان فى حالة نقل ملك الغير أو ظهور نقص فى مساحة المبيع . وهى فضلا عن ذلك تستلزم حضور الطرفين أمام القاضى بحجة الفصل فى النزاع ، وفى هذا من المضايقة ما أدى إلى زوالها عملا قبل الاشهاد ، وأصبح لا أثر لها منذ عهد الامبراطور دقلديانوس (٢٨٤ — ٣٠٥) .

§ ٣ — التسليم (Traditio)

٢٦٤ — **تعريف** : هو طريق غير شكلى لنقل الملكية تابع لقانون الشعوب ومبنى على نقل وضع اليد . فهو ينحصر فى مناولة الشىء المراد نقل ملكيته يداً بيد . ولذلك يذهب كثير من الشراح إلى اعتبار التسليم أحدث تاريخاً من الاشهاد والدعوى الصورية ، ويرى بعض الشراح الآخرين أنه ليس هناك ما يمنع من الاعتقاد بوجود التسليم فى القانون القديم لنقل ملكية السبائك والدواب الصغيرة (petit bétail) كالغنم والمعز .

٢٦٥ — **مجال تطبيق طريقة التسليم** : كان يستخدم التسليم فى العصر العلمى فى أحوال أربعة :

١ — لنقل الملكية الرومانية على الأموال غير النفيسة (res nec mancipi)

٢ — ولتقرير الملكية البريتورية على الأموال النفيسة (res mancipi) .

٣ — ولنقل الملكية الأجنبية فيما بين الأجانب .

٤ — ولاكتساب الملكية الاقليمية على الأراضى الاقليمية .

أما فى عصر جوستنيان فقد توحدت صور الملكية المختلفة وصار التسليم هو الطريق الوحيد لنقل الملكية على جميع الأشياء .

٢٦٦ — **شروط** : والتسليم عبارة عن نقل وضع اليد من شخص إلى آخر مصحوبا باتفاق الطرفين على نقل الملكية من المسلم (tradens) إلى المتسلم (accipiens) . أى أن التسليم الناقل للملكية يتكون من عنصرين ، عنصر مادى وهو نقل وضع اليد (cessio possessionis) ، وعنصر معنوى وهو النية المتبادلة بالتمليك والتملك ويعبر عنه بالسبب الصحيح (Justa causa) .

٢٦٧ — ***العنصر المادى أى نقل وضع اليد*** : وهو أن يوضع الشيء المراد نقل ملكيته تحت يد المكتسب . وكان يشترط فى التسليم قديماً أن يحصل فعلا وماديا . ويكون هذا فى المنقول بالمناولة يداً بيد . وفى العقار بأن يصحب الناقل المكتسب إلى العقار ويمكنه من الاستيلاء عليه فعلا بأن يرافقه فى كل أجزاء العقار .

إلا أن هذا الركن المادى تحرر تدريجاً من صفته المادية ، وصار يكفى فى العصر العلمى أن يوضع الشيء المراد نقل ملكيته تحت تصرف المكتسب كما يظهر ذلك من الأحوال الآتية :

١ — التسليم باليد الطويلة (traditio longa manu) : يكفى إذا كان العقار المراد نقل ملكيته شاسعاً ، أن يرتفع الطرفان إلى أرض عالية تشرف على العقار ، ويبين المسلم إلى المتسلم حدوده معلناً تسليمه إياه . هذا التسليم الذى يتم بعيداً عن العقار قد نقل إلى القانون الفرنسى القديم وأسماه الشراح بالتسليم باليد الطويلة .

٢ — التسليم الرمزى (traditio symbolique) : إذا أريد نقل وضع اليد على عقار مبنى أو مال منقول فيكتفى بتسليم رمزى . فمثلا بالنسبة للمنزل يكتفى

بتسليم مفاتيحه دون الحاجة إلى تفقد كل الحجرات ، وبالنسبة للمنقول كقمح مثلا بتسليم مفتاح المخزن المحتوى على القمح المبيع .

٣ — التسليم باليد القصيرة (traditio brevi manu) : يكون ذلك عندما يكتسب الحائز ملكية الشيء الموجود تحت يده . فباكتسابه الشيء يعتبر واضع يد بعد أن كان حائزاً فقط ، وهذا يتم بتغيير النية وحدها دون حاجة إلى تسليم مادى من الناقل إلى المكتسب ، كما إذا اشترى المستأجر الشيء المؤجر .

٤ — (constitut possessoire) : وهى الحالة العكسية للمتقدمة وهى عبارة عن أن ينقل شخص ملكه إلى آخر ويبقى حائزاً له بصفته مستأجراً أو منتفعاً مثلا ، فالمكتسب يكسب وضع اليد بنيته وحدها (animo solo) .

ولم تكن الأحكام المتقدمة المتعلقة بطريق نقل الملكية متبعة فى بلاد الاغريق وفى مصر ، بل جرى العرف على تحرير عقدين ، أحدهما لاثبات البيع ، والآخر لاثبات نقل الملكية[١] . وقد أثر هذا العرف فى حكم القانون الرومانى فى العصر البيزنطى فنص فى مجموعة القوانين لجوستنيان (Code, 8, 33, 1) على أن نقل وضع اليد يمكن أن يتم بتسليم سندات الملكية (traditio instrumenti) ، أى بدون اشتراط استيلاء المكتسب بالفعل على الشيء المراد نقل ملكيته إليه .

٢٦٨ — **العنصر المعنوى أو السبب الصحيح**[٢] (justa causa) : لا يكفى التسليم المادى ، أى نقل وضع اليد ، لنقل الملكية ، بل يشترط أن يستند التسليم إلى سبب صحيح يفيد نقل الملكية . ذلك أن يكون عند المسلم (tradens) نية نقل الملكية ، وعند المتسلم (accipiens) نية اكتسابها . هذه النية المتبادلة هى التى تسمى بالسبب الصحيح . وقد يكون السبب الصحيح عقداً ، كبيع أو هبة أو بدل أو عارية استهلاك ، حيث التفاهم تام بين الطرفين فى كل هذه العقود على نقل الملكية ، وقد يكون عملا قانونيا من طرف واحد كوصية أو الوفاء بدين .

---

(١) انظر كيك ، طبعة ١٩٢٨ ، ٢٦٩ ، ٢٧٠ .

(٢) راجع : A, Ehrhardt, justa Causa traditionis, 1930. R. Monier, le malentendu sur la causa traditionis (Studi Bonfante, 111, pp 217-231).

غير أن فقهاء العصر العلمى وصلوا إلى اعتبار السبب الشرعى متوافراً إذا صدرت نية التمليك المتبادلة بين الطرفين ، ولو لم تستند إلى عقد صحيح سواء ترتبت على خطأ فى وجود العقد ، أم على خطأ فى طبيعة العقد ، أم على عقد غير جائز ، أو بعبارة أخرى سواء أنشأت عن عقد غير قائم فى الواقع ، أم عن عقد ساء فيه تفاهم الطرفين على الغرض من نقل الملكية ، أو عن عقد قائم فى الواقع ولكنه مخالف للقانون .

ومن أمثلة ذلك فى الحالة الأولى (حالة الخطأ فى وجود العقد) أن يسلم شخص آخر أشياء وفاء لعهد أو التزام غير موجود بينهما مع اعتقادهما خطأ وجوده وفى الحالة الثانية (الخطأ فى طبيعة العقد) أن يعطى شخص لآخر نقوداً على أنها قرض ، فيتسلمها الآخر معتقداً أنها هبة . وفى الحاله الثالثة (حالة حصول التسليم بناء على عقد غير جائز) أن يقدم شخص لآخر أموالا وفاء لاتفاق بينهما على أمر مناف للآداب .

فالرأى الغالب بين فقهاء الرومان أن السبب الشرعى متوافر فى الأحوال المتقدمة لوجود نية نقل الملكية عند المسلم ، ونية اكتسابها عند المتسلم . ويترتب على التسليم فى الأحوال المتقدمة نقل الملكية إلى المتسلم ؛ بحيث لا يستطيع المسلم بعد ذلك عند وضوح الخطأ أو بطلان العقد أن يسترد هذه الأشياء بدعوى الملكية إذا انتقلت إلى يد الغير ، بل لا يستحق إلا تعويضاً عن قيمتها .

أما إذا لم تتوافر النية المتبادلة على نقل الملكية بين الطرفين فلا يترتب على التسليم نقل الملكية ، كما فى الأحوال الآتية :

١ — إذا سلم شخص إلى آخر شيئاً على أنه وديعة أو إجارة فتسلمه الآخر على أنه هبة أو بيع فلا تنتقل الملكية إلى المتسلم إذ ليس لدى المسلم نية نقل الملكية ، ويكون لهذا الأخير استرداد ملكه فى أى وقت .

٢ — إذا كان أحد الطرفين عديم الأهلية ، كما إذا كان مجنوناً أو طفلا أى

لم يبلغ سبع سنين ، إذ كل من المجنون أو الطفل عديم التمييز ، ولا يتصور قيام النية عند أحدهما وهو عديم الارادة .

٣ — إذا ساء تفاهم الطرفين على محل العقـد كما إذا باع شخص لآخر عقاره الموجود فى روما واعتقد الآخر أنه يشترى العقار الموجود بمصر ، فتسليم الأول لا ينقل ملـكيته إلى المشترى ، لعدم توافق الطرفين على نقل ملـكية شيء واحد .

٢٦٩ — **طبيعة التسليم وأثره** : أصبح التسليم بناء على ما تقدم عملا مجرداً عن سببه . فهو ينقل الملـكية ولو لم يستند إلى عقد صحيح أو موجود بالفعل ، بل يكفى توافر نقل الملـكية لدى المسلم واكتسابها عند المتسلم . فصار التسليم كالاشهاد طريقة مجردة لنقل الملـكية .

ويترتب على التسليم نقل الملـكية فى الحال وإنما يجوز فى التسليم خلافا لطريقة الاشهاد أو الدعوى الصورية تأجيل نقل الملـكية أو تعليقه على شرط واقف . والأجل هو حادثة محققة الوقوع فى المستقبل ، كما إذا قرر الواهب بأن الموهوب له يصبح مالـكا بعـد سنتين . والشرط الموقف هو حادثة منتظرة فى المستقبل غير محققة الوقوع يتوقف على تحقيقها وجود العقد ، كما إذا وهب شخص إلى آخر منزله إذا رزق بولد . فلا تنتقل الملـكية فى هاتين الحالتين إلا عنـد حلول الأجل أو تحقيق الشرط .

كذلك إذا حصل التسليم تنفيذاً لعقد بيع ، فان نقل الملـكية إلى المشترى يبقى معلقاً على دفع الثمن ، إلا إذا اتفق الطرفان على ما يخالف ذلك ، إما صراحة كما إذا اتفقا على تأجيل الثمن ، أو ضمناً كما إذا قدم المشترى للبائع ضماناً للثمن .

٢٧٠ — **الخلاصة — نقل الملكية الاختيارى فى عهد جوستنيان** : يجب كقاعدة عامة لنقل الملـكية بالتراضى فى عصر جوستنيان استخدام طريقة (mode) لذلك ، وهى التسليم أى نقل وضع اليد . فالاتفاق وحده لا يكفى لنقل الملـكية بل لابد من التسليم ، إنما لا يشترط فى التسليم أن يكون ماديا (traditio corporalis) بل قد يكون حكميا (ficta) كما سبق بيانه ويكتفى فيه بتغيير النية . فكأن القانون

الرومانى كاد يقرر المبدأ المقرر فى قانون نابليون ، وهو نقل الملكية بمجرد التراضى ولا يخفى ما فى هذا المبدإ من الخطر على مصالح الغير ، إذ يساعد على إخفاء التصرف فى الملكية ، الأمر الذى أدى إلى التفكير فى ضمان علنية التصرفات الناقلة للملكية فى العصر البيزنطى بوسائل شتى ، أهمها تسجيل العقود فى سجلات المحاكم أو البلديات[١] .

المبحث الثالث

فى الطرق الإجبارية الناقلة للملكية

الطرق الاجبارية الناقلة ثلاث : (١) التملك بمضى المدة ؛ (٢) نقل الملكية بنص القانون ؛ (٣) نقل الملكية بحكم القاضى .

§ ١ — التقادم أو التملك بمضى المدة

(Usucapion et prescription)

٢٧١ — **التقادم المكسب والمسقط** : التقادم هو أهم الطرق الاجبارية لنقل الملكية وهو نوعان ، مكسب (prescription acquisitive) وهو الذى يؤدى إلى اكتساب الملكية والحقوق العينية ، ومسقط (-escription extinctive وهو الذى يؤدى إلى سقوط الحقوق والتعهدات أيا كانت ، وقرر القانون الرو التقادم كوسيلة لاكتساب الملكية بمضى مدة قصيرة منذ العصر القديم ، وعُر باسم (usucapio) . ثم ظهرت صورة أخرى للتقادم بنوعيه المكسب والمسقط فى العصر العلمى ، وعرفت باسم (præscriptio) . وأخيراً عدل جوستنيان نظام التقادم كله ، وأدمج نظام التقادم القديم (usucapio) فى نظام التقادم الحديث وجعل منهما نظاماً واحداً لاكتساب الملكية بمضى المدة .

---

(١) انظر : Cornil. Droit Romain. p 496-498 :Cuq. pp 269-270.

ولذا سنبدأ بدراسة نظام التقادم بالمدة القصيرة (l'usucapion) أولا فى القانون القديم وثانياً فى العصر العلمى ، ثم ندرس صور التقادم الأخرى (les prescriptions) ، وأخيراً ندرس ما كان من أمر صور التقادم المتقدمة فى قوانين الامبراطور جوستنيان .

ا — التقادم بمضى المدة القصيرة (Usucapio)[١]

أولا — التقادم القصير فى القانون القديم :

سبق أن رأينا عند دراستنا للأشخاص كيف كان مضى المدة سبباً لاكتساب بعض الحقوق . فالزوج يكتسب السيادة على زوجته إذا استمرت المعاشرة الفعلية بينهما مدة سنة بدون انقطاع . كذلك نصت الألواح الاثنى عشر على أن مضى المدة يكسب الملكية على العقار وغيره من الأموال ، فتكتسب الملكية بوضع اليد على العقار مدة سنتين وعلى المنقول بمضى سنة .

٢٧٢ — **تطبيقات** : ويظهر تطبيق هذا النظام فى حالتين : حالة كانت مقصورة على العهد القديم ، وحالة استمرت فى جميع أدوار القانون الرومانى وانتقلت منه إلى الشرائع الحديثة .

أما الحالة الأولى فهى أن يتصرف المالك فى الملكية تصرفاً ناقصاً فى إجراءاته الشكلية ، كبيع مال نفيس بطريق غير مكسب للملكية المدنية أى بالتسليم ، فوضع اليد المستمر ينقل الملكية المدنية إلى المتسلم . هذه الوظيفة التى كانت للتقادم حتى العصر العلمى زالت عندما أصبح التسليم فى عصر جوستنيان طريقاً ناقلا للملكية المدنية على جميع الأموال .

أما الحالة الثانية فهى حصول تصرف فى الملكية معيب فى جوهره أو فى شروط صحته ، كالبيع الصادر عن غير المالك سواء أكان بطريق الاشهاد أم الدعوى .

(١) راجع : Esmein, Sur l'histoire de l'usucapio, Mélanges, 1886, pp 171-217.

الصورية أم التسليم ، أو كالبيع الصادر عن مالك غير أهل للتصرف . فمثل هذا البيع لا ينقل الملكية إلى المشترى ، ولكن المشترى إذا وضع يده على المبيع بناء على عقد البيع واستمر فى وضع يده المدة القانونية اكتسب الملكية وصحح العيب الذى كان عالقاً بالعقد .

٢٧٣ — **حكمة مشروعية التقادم** : والحكمة فى وضع هذا النظام أن المشرع يريد به ألا يترك حق الملكية معلقاً بين المالك الحقيقى وبين واضع اليد إلى مالا نهاية ، وأن يجازى المالك على إهماله ملكه وعدم المطالبة به . فهو إن أهمل ملكه غير جدير بالحماية ويفضل القانون عليه واضع اليد حتى يشجع الغير على استغلال الأموال المهملة . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فقد تقرر هذا النظام لمصلحة المالك نفسه باعفائه ، فى حالة قيام نزاع على ملكيته ، من تتبع أصل ملكيته وملكية أسلافه جميعاً حتى المالك الأول الذى يكون قد اكتسب ملكية الشىء المتنازع عليه بطريق منشئ للملكية ، بل يكتفى أن يثبت وضع يده عليه المدة القانونية .

٢٧٤ — **تاريخ التقادم القصير** : يرى بعض الشراح أن مدة التقادم فى العصر الأول السابق على قانون الألواح الاثنى عشر كانت واحدة بالنسبة للعقار والمنقول وهى سنة واحدة . ويعللون قصر هذه المدة بصغر مدينة روما ، إذ يصعب فى بلد صغيرة أن يجهل المالك وضع يد الغير على ملكه ، وعليه فلا يلومن إلا نفسه إذا فقد ملكه باهماله المطالبة به .

وقد كملت تدريجاً أحكام قانون الألواح الاثنى عشر الخاصة بالتقادم ، فاشترط بعدها (بجانب وضع اليد مدة سنة أو سنتين) ألا يكون الشىء مسروقاً أو مغتصباً بالقوة ، وأن يكون وضع اليد مستنداً إلى سبب صحيح وبحسن نية .

ثانياً — آثار التقادم القصير وشروطه فى العصر العلمى .

٢٧٥ — **آثاره** : التقادم القصير (usucapio) طريق لنقل الملكية المدنية فهو مقصور على الرومانيين ولا يشمل إلا المنقولات والعقارات الرومانية والايطالية

ويترتب على اعتباره من الطرق الناقلة ، أن واضع اليد يكتسب الملكية بقيودها العينية المقررة فى عهد المالك السابق . فاذا كان الشيء محملا بحقوق عينية كحقوق ارتفاق أو رهون انتقل كذلك إلى واضع اليد ، إذ يجب لسقوط هذه التكاليف العينية تقادم مستقل عن التقادم المكسب للملكية .

٢٧٦ — **شروطه** : تنحصر هذه الشروط ، كما هى مقررة فى العصر العلمى فى أربعة :

١ — أن يكون الشيء قابلا لاكتسابه بمضى المدة .

٢ — أن يكون هناك وضع يد مستمر طول المدة المقررة قانوناً .

٣ — أن يكون وضع اليد مستنداً إلى سبب صحيح أو سند صحيح .

٤ — وأخيراً أن يكون وضع اليد بحسن نية .

٢٧٧ — ١. **أن يكون الشيء قابلا لاكتسابه بهذه الطريقة** : سبق أن قلنا إن التقادم القصير طريق من طرق القانون المدنى لاكتساب الملكية الرومانية . فهو لايكون إلا فى الأشياء التى يمكن أن تكون محلا للملكية الرومانية . فيشترط فيها إذن ما يأتى : —

١ — أن تكون من الأشياء الداخلة فى دائرة التعامل .

٢ — وإذا كانت من الأموال الثابتة اشترط أن تكون رومانية أو إيطالية كذلك يشترط ألا يكون الشيء مما لا يجوز التصرف فيه أو اكتساب ملكيته بالتقادم ، كعقارات القاصر أو عقارات الدوطة أو أموال الامبراطور أو أموال الكنائس والأوقاف الدينية .

وأخيرا يشترط ألا يكون الشيء مسروقا . قد تقرر هذا فى قانون الألواح الاثنى عشر وتأيد بعده بقانون أتينيا (loi Atinia) . ولا يمنع من عدم جواز تملك الشيء المسروق بمضى المدة أن يكون واضع اليد حسن النية ، إلا إذا عاد الشيء المسروق إلى مالكه قبل ذلك إذ يطهر من عيب السرقة ويجوز اكتسابه بعد ذلك بالتقادم .

وقد صدر قانون آخر فى نهاية عهد الجمهورية (loi Plautia de vi) يحرم اكتساب الأموال الثابتة المغتصبة بالقوة بمضى المدة ، وقد صدر هذا القانون على أثر اضطراب الأمن والنظام فى ذلك العهد .

وقد كان نتيجة حظر تملك الأموال المسروقة بمضى المدة أن صار تملك الأموال المنقولة بمضى المدة نادرا جدا . والسبب فى ذلك يرجع إلى أن معنى السرقة فى القانون الرومانى كان واسعا جدا ، فهو يشمل كل تملك لمال منقول مملوك للغير بطريق الغش وكل تصرف فى مال الغير مع العلم بذلك . فكل شىء مسروق أو مغتصب بطريق النصب أو خيانة الأمانة لا يمكن تملكه بمضى المدة ، سواء فى ذلك السارق والمغتصب وغيرهما . ولهذا يندر وضع اليد على منقول مملوك للغير دون أن يكون مسروقا . ومن هذه الحالات النادرة أن يتصرف وارث إلى آخر فى شىء وجده بالتركة يعتقد أنه من أموال مورثه حالة كونه معارا أو مؤجرا لمورثه أو مودعا لديه على غير علم من الوارث . فيجوز للمتصرف إليه فى مثل الأحوال المتقدمة أن يتملك الشىء بمضى المدة ، إذ الوارث الذى باع الشىء المذكور معتقدا ملكيته للمورث لا يعتبر سارقا .

٢٧٨ — ٢ . **وضع اليد المدة القانونية** : والمقصود بوضع اليد هنا هو وضع اليد المدنى (possessio civilis) ، الذى سبق تمييزه عن الحيازة المجردة وعن وضع اليد المحمى بنظام الأوامر (possessio ad interdicta) ، أى يجب أن يكون وضع اليد بنية التملك (animus domini) . وتنطبق هنا جميع الأحكام السابق الكلام عليها فى باب وضع اليد سواء ما كان منها خاصا بعيوب وضع اليد (وهى القوة والخفاء والصفة العارضة) أو بالعنصرين المادى (corpus) والمعنوى (animus) مع هذا التحفظ وهو أن النية اللازم توافرها هنا هى نية الظهور على الشىء بمظهر المالك .

وقد سبق أن بينا أن وضع اليد كان وحده كافيا فى عهد قانون الألواح لاكتساب الملكية بمجرد مرور سنة أو سنتين عليه ، بشرط ألا يكون المال

مسروقا . بل بقى هذا الأمر كافيا لاكتساب بعض حقوق الأسرة بدون اشتراط الشروط الأخرى ، وهى حسن النية والسبب الصحيح ، كالسيادة الزوجية لمن يضع يده لمدة سنة على زوجته ، وكصفة الوارث لمن يضع يده لمدة سنة على تركة مهملة (hérédité abandonnée) ، فواضع اليد على التركة المتروكة يكتسب أموالها من عقار ومنقول وحقوق ويلتزم بديونها وبعبادة الأسرة .

ويجب أن يستمر وضع اليد بالمعنى المتقدم بدون انقطاع المدة القانونية ، وهى سنتان بالنسبة للعقار ، وسنة واحدة بالنسبة للمنقول . فاذا انقطع وضع اليد يوما واحدا ضاع كل أثر للمدة السابقة ، بحيث إذا عاد الشىء إلى واضع اليد وجب عليه وضع يده من جديد .

والانقطاع نوعان : فقد يكون طبيعيا (interruption naturelle) وهو يكون بزوال اليد أو رفعها . كأن يستولى المالك الأصلى على ملكه ، أو كضياع الحيازة من واضع اليد لأى سبب آخر . وقد يكون مدنيا (interruption civile) كرفع دعوى الاسترداد من المالك للمطالبة بملكه . والانقطاع الطبيعى وحده هو الذى كان يؤدى إلى ضياع المدة السابقة . أما رفع دعوى الاسترداد فلم يكن يمنع من استمرار احتساب المدة حتى وقت الاشهاد على الخصومة (litis contestatio) ذلك أن الانقطاع المدنى لم يتقرر إلا فى القانون الرومانى الحديث .

وكذلك لا يعرف القانون الرومانى القديم مبدأ وقف سريان مدة التقادم (suspension) فى حالة ما إذا كان المالك عديم الأهلية .

٢٧٩ — ٣ . **السبب الصحيح** (justa causa) **أو السند الصحيح** (justus titulus) : يجب أن يستند وضع اليد إلى سبب صحيح أى إلى عمل قانونى (acte juridique) أو حادث قانونى (fait juridique) يبرر وضع يد المكتسب بمضى المدة ، ويكون فى الغالب تصرفاً من شأنه نقل الملكية لو كان الناقل مالكا حقيقيا للشىء الذى تنازل عنه وأهلا للتصرف فيه .

ولفهم معنى السبب الصحيح فى التقادم يجب التفرقة بين ما إذا اكتسب واضع

اليـد الحيازة بطريق التسليم (traditio) أى بطريق نقل الحيازة إليه من شخص آخر ، أو يكون قد وضع يده بارادته وحدها .

فنى الحالة الأولى — وهو ما إذا كان مصدر وضع يده التسليم — إذا لم تنتقل الملكية إلى المتسلم ، إما لأن المسلم لم يكن مالكا لما تصرف فيه ، أو كان المال من الأشياء النفيسة ، كان للمتسلم أن يكتسب الملكية بمضى المدة بشرط أن يستند وضع يده إلى سبب صحيح . والسبب الصحيح لوضع اليد هنا هو نفس السبب الصحيح للتسليم الناقل للملكية ، وهو كما رأينا (عند الكلام على التسليم باعتباره طريقة لنقل الملكيـة) قد يكون بيعاً أو وصية أو تقريراً لدوطة أو وفاء لدين الخ .

وفى الحالة الثانية وهى حالة ما إذا لم يكن مصدر وضع اليـد التسليم بل يرجع لارادة واضع اليد وحدها ، فانه يشترط لتملك واضع اليد لما تحت يده بمضى المدة أن يستند وضع يده إلى سبب صحيح يفيد التملك ، كسند الارث usucapio pro) (herede كما إذا استولى الوارث على مال من أموال الغير موجود فى تركة مورثه معتقداً أنه من أموال التركة ، أو الترك (pro derelicto) كما إذا ترك شخص شيئاً لايملكه فان من يضع يده على الشيء المتروك هـذا لايتملكه إلا بوضع اليد عليه المدة القانونية وسبب وضع يده هنا هو الترك أو الهجر .

فترى مما تقدم أن السبب الصحيح فى التقادم (justa causa usucapionis) يختلط فى كثير من الأحيان مع السبب الصحيح فى التسليم justa causa) traditionis) ، إنما قد يتميز عنه فى بعض الأحوال الأخرى .

٢٨٠ — ٤ . **حسن النية** : (la bonne foi) : هو اعتقاد واضع اليد خطأ أنه اكتسب الملكية ، أو بعبارة أخرى اعتقاده خطأ أنه تلقى الشيء من مالكه وممن له حق التصرف فيه . والخطأ المقصود هنا هو الخطأ فى الواقع erreur) (de fait ، كأن يتعامل شخص مع قاصر معتقداً أنه بالغ . فلا يشمل الخطأ الناشئ عن جهل للمبادئ القانونية (erreur de droit) ، كأن يتعامل شخص مع آخر

يعلم بأنه قاصر وإنما يعتقد خطأ أن له حق التصرف قانوناً دون أخذ إجازة الوصي .

وشرط حسن النية لايلزم توافره إلا عند بدء وضع اليد بحيث لو عرف واضع اليد بعد ذلك أن الشيء مملوك لآخر فلا يؤثر ذلك فى حالته إلا إذا كان سبب وضع اليد البيع فيشترط توافرحسن النية ليس فقط وقت بدء وضع اليد بل أيضاً وقت الاتفاق على البيع .

وحسن النية مفروض فى كل إنسان حتى يثبت خصمه أنه سيء النية . أما السبب الصحيح فيجب على واضع اليد أن يثبته بما عنده من الأدلة حتى يستطيع أن يتمسك بوضع يده .

٢٨١ — **هل يكفى السند الظنى لاكتساب الملكية بمضى المدة** : هل يشترط فى التقادم المكسب أن يستند وضع اليد إلى سبب صحيح موجود حقيقة أى إلى عقد بيع أو هبة مثلا قد تم بالفعل ، أم يكفى أن يثبت واضع اليد حسن اعتقاده بوجوده حالة كونه غير موجود فى الواقع ؟ أو بعبارة أخرى أيشترط فى التقادم وجود سند حقيق (titre réel) أم يكفى فى ذلك السند الظنى (titre putatif) ؟ إن القاعدة التى قررها جوستنيان فى كتابه للنظم تقضى بأن الخطأ فى وجود السند لا يبيح التقادم ، أى أن السند الظنى لا يكفى ، بل يجب أن يستند وضع اليد إلى سند حقيقى موجود بالفعل . إلا أن هناك نصوصاً منسوبة لبعض شراح العصر العلمى تقضى بجواز أن يكون السند الصحيح مجرد سند ظنى ، متى كان لواضع اليد من الأسباب المعقولة ما يحمله على الاعتقاد خطأً بوجود السند الصحيح ، أى متى كان خطؤه مقبولا .

ب — التقادم بالمدة الطويلة (les prescriptions)

٢٨٢ — **فائدة ظهوره** : التقادم القصير من طرق اكتساب الملكية التابعة للقانون المدنى ، فكان لا يمكن التمسك به لصالح أجنبى أو على أرض إقليمية . لذلك كان لا بد من إنشاء نظام جديد للتقادم لسد هذا النقص لمصلحة واضعى اليد

الأجانب أو واضعى اليد على عقارات إقليمية . هذا النظام الجديد هو نظام التقادم بالمدة الطويلة (præscriptio longi temporis) . ثم نشأ نظام آخر فى العصر الأخير من الامبراطورية (عهـد قسطنطين) عرف بالتقادم الطويل جدا (præscriptio longissimi temporis) .

١ — التقادم الطويل (praescriptio longi temporis)

٢٨٣ — **مصدره** : كان الاعتقاد سائداً قديماً بأن هذا النظام من عمل البريتور وحكام الأقاليم . غير أن أوراق البردى التى اكتشفت حـديثاً دلت على أنه نظام مستمد من القانون الاغريق ، وأنه صار العمل به فى أواخر القرن الثانى من الميلاد بمقتضى أوامر إمبراطورية . وقد تقرر هذا النظام أولا لمصلحة واضعى اليد على الأراضى الاقليمية ، ثم طبق بعد ذلك لمصلحة الأجانب على المنقولات والأرضى الايطالية [١] . فهو نظام من نظم قانون الشعوب.

٢٨٤ — **شروطه** : ليس هذا النظام طريقة مكسبة للملكية ، بل هو وسيلة للدفاع تمنح ضد المالك لمن استمر وضع يده مدة طويلة بدون منازعة . وهو خاضع لنفس الشروط القانونية السابق بيانها فى التملك بمضى المدة القصيرة (فيشترط فيه السبب الصحيح وحسن النية) مع اختلاف فى مدة التقادم وفى كيفية احتسابها .

٢٨٥ — **المدة فى التقادم الطويل** : هى عشر سنين إذا كان المالك وواضع اليد مقيمين فى إقليم واحد ، وعشرون سنة إذا كانا مقيمين فى إقليمين مختلفين . ويلاحظ على هذه المدة أنها أطول بكثير من مدة التقادم السابق الكلام عليه وذلك راجع إلى اتساع أنحاء الامبراطورية الرومانية .

٢٨٦ — **طريقة احتسابها** : أما من حيث كيفية حساب المدة فيخضع هـذا النظام للقواعد السابق بيانها بخصوص التقادم القصير ما عدا ما يأتى :

---

(١) Dig, 44, 3, 9; Cod., 7, 35,3.

١ — تنقطع مدة التقادم الطويل برفع الدعوى أى أن مدة التقادم الطويل يجوز أن تنقطع مدنيا أو طبيعيا .

٢ — يوقف سريان مدته بالنسبة لبعض أشخاص عاجزين عن قطعها . فتقضى قوانين شتى صدرت فى القرن الثالث من الميلاد بعدم سريان مدة التقادم الطويل ضد الجندى الذى يغيب فى خدمة عامة ، أو ضد الصبى غير البالغ ، وذلك حتى ينتهى العائق ، أى حتى حضور الجندى الغائب أو حتى بلوغ الصبى .

٣ — ضم مدد وضع اليد (jonction des possessions) : ما ذا يحدث فيما إذا مات واضع اليد أو تصرف فيما تحت يده لآخر قبل تمام المدة المقررة قانوناً ؟

فرق فقهاء الرومان بين الخلف العام كالوارث ، وبين الخلف الخاص كالمشترى وكالموصى له بمال معين . فالأول يخلف سلفه تماماً فى المدة وفى النية بصرف النظر عن نيته الشخصية ، لأن الخلف العام يمثل سلفه ، والوارث تستمر فيه شخصية المورث . أما الثانى فليس له ضم مدة سلفه ، بل يبدأ وضع يد جديد بشروطه اللازمة لاكتساب الملكية . لكن القانون الرومانى الحديث — والراجح منذ أواخر القرن الثانى من الميلاد — سمح للخلف الخاص بضم مدة سلفه بشرط أن يكون كل منهما حسن النية سواء أكان الخلف قد أخذ الشىء من سلفه بمقابل أو بغير مقابل .

٢٨٧ — **طبيعة التقادم الطويل** : سبق أن قلنا إن هذا التقادم وسيلة للدفاع ضد دعوى المالك الحقيقى . فليس بصحيح القول بأن التقادم الطويل تقادم مسقط لدعوى الاسترداد التى للمالك الحقيقى بمضى ١٠ أو ٢٠ سنة . وعلى ذلك فإذا أهمل المالك الحقيقى المطالبة بملكه مدة ٢٠ سنة ، ثم فقد واضع اليد الحيازة بعد ذلك ، فان للمالك الحقيقى بالرغم من مضى المدة المذكورة استرداد ملكه من تحت يد واضع اليد الجديد ، إذ دعواه لم تسقط بمضى المدة .

كذلك لم يكن التقادم الطويل (præscriptio longi temporis) فى الأصل طريقاً لاكتساب الملكية الاقليمية أو الأجنبية كالتقادم القصير الذى هو طريق لاكتساب الملكية المدنية . فاذا فقد واضع اليد الحيازة

بعد تمـام المدة المقررة قانوناً ، أى بعد ١٠ أو ٢٠ سـنة على حسب الأحوال ، فليس له دعوى الاسترداد لاسترداد الشيء ، إذ هو لم يصبح مالـكا بمضى المدة .

ويستدل على أن التقادم الطويل كان فى الأصل وسيلة للدفاع فقط من اسمه ، فعبارة (præscriptio) تفيد ما يكتب فى صدر برنامج الدعوى ، والظاهر أنه كان فى الأصل دفعا يكتب فى صدر برنامج دعوى الملـكية للحكم برفضها إذا ثبت وضع يد المدعى عليه مدة طويلة .

هذا فى الأصل ، غير أن التقادم الطويل صار فيما بعد ، وفى تاريخ غير معلوم بالضبط ، طريقة لاكتساب الملـكية .

٢ — التقادم الطويل جدا (La præscriptio longissimi temporis)

نشأ هذا النظام فى العهد الأخير من الامبراطورية ويرجعه أغلب الشراح إلى عهد قونسطنطين ، وكانت مدته فى الأصل أربعين سـنة ثم أنقصها الامبراطور تيودوز الثانى فى سنة ٤٢٤ م إلى ثلاثين سنة .

٢٨٨ — **طبيعة هذا التقادم وآثاره** : لايشترط فى التقـادم بمضى المدة الطويلة جدا السند الصحيح أو حسن النية . وهو ليس تقادما مكسبا للملـكية كالتقادم القصير (usucapio) ، كما أنه ليس فقط وسيلة للدفاع كالتقادم بمضى المدة الطويلة (præscriptio longi temporis) . وإنما هو تقادم مسقط للدعاوى التى للمالك الحقيق ، فمن يتمسك به يصبح بعد مضى المدة المتقدمة حائزا لمـا تحت يده محررا من كل القيود والتكاليف ، إذ المدة تسقط بالنسبة له دعوى الاسترداد وكل الحقوق العينية المقررة على الشيء كحقوق ارتفاق أو رهون أو غيرها .

حـ — التقادم فى عهد جوستنيان

٢٨٩ — **التقادم فى أول عهد جوستنيان** : كان نظام التقادم ، كطريقة لاكتساب الملكية . معقدا فى أول عهد جوستنيان .

فهناك التقادم بالمدة القصيرة (usucapio) ، ولو أنه فقد أهميته فى حالة تسليم شيء نفيس ، لزوال التفرقة بين الأشياء النفيسة وغيرها .

وهناك التقادم بمضى المدة الطويلة (أى ١٠ أو ٢٠ سنة) الذى أصبح طريقا مكسبا للملكية .

وأخيرا كان يوجد التقادم بمضى المدة الطويلة جدا (٣٠ سنة) باعتباره تقادما مسقطا .

٢٩٠ — **اصلاحات جوستنيان** : عدل جوستنيان نظام التقادم كله بقانونين صدر أولهما فى سنة ٥٢٨ وثانيهما فى سنة ٥٣١ . ويمكن تلخيص هذه التعديلات فيما يأتى :

١ — قرر قانون سنة ٥٢٨ نظاما للتقادم بمضى مدة ٣٠ سنة (præscriptio longissimi temporis) بمقتضاه يكتسب واضع اليد الملكية على العقار بشرط أن يكون حسن النية ولكن بدون اشتراط السبب الصحيح .

٢ — أما بالنسبة لواضع اليد بدون سبب صحيح وبدون حسن نية ، فقد أبقى جوستنيان نظام التقادم بمضى المدة الطويلة جدا الذى سبقت دراسته باعتباره تقادما مسقطا . ومدة هذا النوع من التقادم ٣٠ سنة .

٣ — وبالنسبة لواضع اليد بسبب صحيح وبحسن نية ، أدمج جوستنيان بقانون سنة ٥٣١ نظامى التقادم القصير (usucapio) والتقادم بالمدة الطويلة (præscriptio longi temporis) بعضهما فى بعض وفرق بين وضع اليد على المنقول وبين وضع اليد على العقار :

(ا) فيكتسب واضع اليد حسن النية وبسبب صحيح الملكية على المنقول بمضى ثلاث سنوات وقد أطلق جوستنيان على مضى المدة هذا اسم (usucapio) .

(ب) ويكتسب الملكية على العقار بمضى عشر سنين بين الحاضرين وعشرين سنة بين الغائبين وأطلق على هذا النظام اسم (præscriptio) .

٢٩١ — **أثر أحكام التقادم الرومانى فى تشريعاتنا العصرية** : أخذ القانون المدنى الفرنسى بالمبادئ العامة الرومانية فى تملك العقار بمضى المدة (من المادة ٢٢٦٢ إلى المادة ٢٢٦٥) . ولكنه احتفظ فى المنقول بالتقاليد الجرمانية فنص على أن مجرد وضع اليد عليه بحسن نية وسبب صحيح مكسب للملكية فى الحال ، ما لم يكن مسروقا أو مفقودا وحينئذ يكون تملكه بمضى ثلاث سنين (م — ٢٢٧٩) .

وقد اتبع المشرع المصرى القانون الفرنسي فى تملك العقار أو المنقول بمضى المدة . غير أنه عدل المدة فى العقار ، فلم يفرق بين الاقامة فى إقليم واحد أو إقليمين وجعل المدة خمس سنين متى توافر حسن النية والسبب الصحيح وخمس عشرة سنة إذا لم يتوافرا (م ٤٦ ، ٧٦ ، ٨٦ أهلى) .

§ ٢ — نقل الملكية بنص القانون

٢٩٢ — قد تنتقل الملكية أيضا بحكم القانون من شخص إلى آخر . ويكون ذلك فى الغالب على سبيل العقوبة ، فمن ذلك :

١ — حكم القانون الامبراطورى الذى ينقل إلى الخزينة العامة (fisc) أو إلى الملتزمين بالضرائب (publicains) ملكية الأموال المحجوز عليها نظير الضرائب .

٢ — وحكم القانون الصادر من مجلس الشيوخ فى عهد الامبراطور (Marc-Aurèle) الذى بمقتضاه يكتسب الشريك نصيب شريكه ، إذا لم يقم فى ظرف أربعة

شهور بدفع نصيبه فى مصاريف إصلاح المنزل المشاع بينهما التى تكبدها الأول .

٣ — ومن ذلك أيضا أن من يأخذ ملكه بالقوة من حائزه بدلا من الالتجاء إلى القضاء يحرم من ملكيته لصالح هذا الحائز .

٤ — وأخيرا أن من يترك عقارا خراجيا صالحا للزراعة يفقد بعد مضى سنتين ملكيته عليه لمن يستغله مع إعفاء هذا الأخير من الضريبة عشر سنوات .

§ ٣ — نقل الملكية بحكم القاضى

(Transmission de la propriété par autorité de la justice)

٢٩٣ — من المبادئ الثابتة فى القانون أن الأحكام كاشفة للحقوق لا منشئة لها بمعنى أن وظيفة السلطة القضائية تنحصر فى بيان الحقوق السابق وجودها وفى إعلانها لا فى إنشائها أو نقلها من شخص إلى آخر ، ولكنها بصفة استثنائية تكون ناقلة لحق الملكية عند الرومان فى أحوال ثلاثة : (١) حالة القسمة القضائية (٢) حالة المنزل الآيل إلى السقوط (٣) حالة الضرر الناشئ بفعل العبد أو الحيوان المملوك للغير . وتنتقل الملكية فى الحالة الأولى بناء على حكم من القاضى (juge) ، أما فى الحالتين الأخيرتين فبناء على قرار من الحاكم القضائى (magistrat) .

(١) **حالة القسمة القضائية** (adjudicatio) [1] — وهى تشمل دعاوى ثلاثا : دعوى قسمة التركة (actio familiæ erciscundæ) ، ودعوى قسمة الأموال المشاعة الأخرى (actio communi dividundo) ، ودعوى فصل الحدود بين الجيران (actio finium regundorum) .

فاذا لم يتفق الورثة أو الشركاء على فصل الأنصبة ، ورفعت دعوى القسمة من

---

(١) قارن مقالة الأستاذ ارانجيو رويز فى مجلة القانون الرومانى (Bull. diritto romano) سنة ١٩٢٢ ، ص ٩ — ٦٠ .

أحد الورثة أو أحد الشركاء على الشيوع ، قام القاضى بهذه القسمة . وحكم القاضى بالقسمة يعتبر ناقلا للملكية فى جميع الأحوال ، أى سواء أتمت القسمة عينا باعطاء الورثة أو الشركاء حصصا متساوية ، أم باعطائهم حصصا غير متساوية مع إلزام من يأخذ الحصة الأعلى ثمنا أن يدفع ما زاد فيها عن نصيبه إلى صاحب الحصة الأقل ثمنا ، أم بطريق التصفية باعطاء الملك كله إلى واحد منهم يلزم بتعويض الباقين ماليا عن قيمة أنصبتهم ، إذ يعتبر الحكم قد نقل إلى كل شريك ما كان يمتلكه شركاؤه فى الحصة التى وقعت فى نصيبه .

كذلك إذا اختلف الجيران فيما بينهم على الحدود الفاصلة لملكهم ، ورفع أحدهم الدعوى الخاصة بذلك ، قام القاضى بتقرير الحدود ، وله فى سبيل ذلك أن يغير الحدود الحقيقية إذا لم يجد حدا مناسباً بين طرفى الملكين ، فله أن يحكم بنقل ملكية جزء من مال الجار إلى جاره ، مع إلزام هذا الأخير بتعويض الأول عن قيمة هذا الجزء ، وذلك بقصد إنشاء حد جديد ظاهر منتظم ، أو تثبيت حد طبيعى واقع فى أحد الملكين .

وبما أن حكم القاضى فى فصل المشاع أو الحدود ناقل للملكية من شريك إلى آخر ، أو من جار إلى جاره ، فان موضوع هذه الملكية ينتقل مثقلا بما كان عليه من قبل من الحقوق العينية .

(٢) أما الحالة الثانية فتتلخص فى أنه إذا كان لشخص منزل مهدد بالسقوط ، ورفض أن يقدم ضامناً لتعويض الجار عما قد يحدث لملكه من الضرر عند سقوط المنزل ، أصدر البريتور أمراً فى صالح الجار المشتكى بوضع يده على المنزل الآيل للسقوط ، فان أصر المالك على امتناعه بعد ذلك ، أصدر البريتور قراراً ثانياً بمنح الملكية البريتورية للجار على المنزل ، ويجعله فى مركز المكتسب للملكية الرومانية بمضى المدة القانونية على وضع يده .

(٣) وكذلك فى الحالة الثالثة تنتقل الملكية بأمر الحاكم القضائى . وهى حالة

ارتكاب عبد أو حيوان جريمة على الغير ، فالسيد أو المالك ملزم بمقتضى دعوى التخلى إما بدفع مبلغ الغرامة المقررة قانوناً إلى المجنى عليه ، وإما بالتخلى عن العبد أو الحيوان الذى وقع الضرر بسببه . فاذا تهرب السيد أو المالك من الدعوى المذكورة فان البريتور يتدخل فى الأمر ، ويصدر إلى المجنى عليه الأمر بالاستيلاء على العبد أو الحيوان . إلا أنه لا يكتسب بذلك الملكية الرومانية وإنما يكتسب فقط الملكية البريتورية ، التى تتحول إلى ملكية رومانية بمضى المدة القانونية على وضع يده .

الفصل الرابع

فى وسائل حماية الملكية

---

٢٩٤ — **الدعاوى المقررة لصالح المالك** : يحمى القانون الرومانى حق الملكية بوسائل شتى :

١ — فللمالك دعاوى عينية للمطالبة بتثبيت ملكيته تعرف بدعاوى الملكية (actions pétitoires) ، وصورتها الرئيسية دعوى الاسترداد .

٢ — وفى الغالب يكون المالك واضعاً يده على ملكه ، فله من هذا الأساس أوامر وضع اليد لحماية يده على ملكه . ويفضل المالك عادة استخدامها فى حالة فقده حيازة ملكه ، لعدم الحاجة فيها إلى إثبات ملكيته كما تقدم عند دراسة نظرية وضع اليد .

٣ — وله أيضاً بعض دعاوى شخصية موضوعها مقدار من النقود ، كدعوى السرقة (actio furti) ودعوى الاضرار (actio legis Aquiliæ) فيما إذا لحق ماله ضرر بفعل الغير أو خطئه .

٤ — وأخيراً له بعض دعاوى خاصة كدعوى وقف العمل الجديد (operis novi nuntiatio) بمقتضاها يحق للمالك الاعتراض على الأفعال الجديدة الضارة بملكه ، ودعوى الضرر المهدد به (actio damni infecti) فى حالة ما إذا كان عقاره مهدداً بمنزل جاره الآيل إلى السقوط .

٥ — وأخيراً له دعوى الانكار (action négatoire) على من يدعى أن له حق ارتفاق أو حق انتفاع على ملكه .

وسنقتصر على دراسة دعوى الاسترداد (rei vindicatio) ودعوى الانكار

(action négatoire) والدعوى المقررة لحمـــاية الملكية البريتورية المسماة (action publicienne) .

المبحث الأول

فى دعوى الاسترداد (La rei vindicatio)

٢٩٥ — **تعريفها** : كانت دعوى الاسـترداد فى صورتها الأولى دعوى عينية مدنية يرفعها المـالك للمطالبة برد ملكه إليه ، فهى دعوى عينية بحتة يقصد بها الحصول على الشيء أو قيمته ، ولـكن إذا كانت دعوى الاسترداد كذلك فى الأصل ، فقد صارت تدريجا دعوى مركبة (action complexe) ، فصارت لا ترفع للمطالبـة بالشيء وملحقاته فقط ، بل أيضاً بتعويضات متعلقة بالشيء فصارت دعوى عينية وشخصية فى آن واحد . وعلى ذلك يمكن تعريف دعوى الاسترداد بأنهـا « دعوى عينية ، بمقتضاها يتقدم المدعى باعتباره مالـكا لشيء معين ، مطالباً بتثبيت حقه عليه ، وبالحـكم له بالتعويضات التى قد يكون محقا فيها » .

وسندرس دعوى الاسترداد فى أقسام ثلاثة : الأول فى تاريخ دعوى الاسترداد ، والثانى فى شروط استعمالها ، والثالث فى موضوعها .

§ ١ — فى تاريخ دعوى الاسترداد[1]

مرت دعوى الاسترداد بأدوار متعددة تبعاً لتطور نظام المرافعات والدعاوى ، فكانت ترتفع تحت نظام المرافعات القانونيــة (legis actiones) بطريق دعوى القسم (sacramentum in rem) ثم بطريق دعوى التعهد الشفوى (procédure per sponsionem) ، ثم صارت ترفع تحت نظام المرافعات الـكتابية (procédure

(١) راجع للتوسع : Wetzell, Romischer Vindicationsprocess, 1845

(formulaire بطريق دعوى الملكية التحكمية procédure per formulam petitoriam).

وقد تغيرت أحكام دعوى الملكية هذه فى عصر جوستنيان نتيجة لادخال نظام المرافعات الادارية (procédure extraordinaire) . وسندرس هذه التطورات فى أدواره الأربعة المذكورة .

٢٩٦ — ١ . **دعوى القسم** (sacramentum in rem) : كانت إجراءات هذه الدعوى تستلزم وجود الشىء المتنازع عليه فى مجلس القضاء ، فان كان عقاراً فالظاهر أنها كانت تنظر فى الأصل فى محل وجود العقار . إلا أن (Gaius) يقول إنه إذا تعذر إحضار المال المتنازع عليه فى مجلس القضاء ، كما لو كان قطيعاً من الغنم أو مالا ثابتاً ، فيكفى إحضار جزء منه يكون رمزاً له .

٢٩٧ — (أ) **اجراءاتها أمام الحاكم القضائى** : تنحصر فيما يأتى :

(١) يقرر كل من الخصمين فى مواجهة الآخر بعد أن يلمسه بعصاه ويقبض الشىء المتنازع عليه ، أنه ملكه بحسب قانون الرومان ، (vindicatio contravindicatio) . ثم يتدخل الحاكم القضائى فيأمرهما بترك الشىء المتنازع عليه ويكلف كلا منهما بحلف اليمين على صدق دعواه . (٢) ثم يتراهن الخصمان فيقول كل منهما للآخر : « حيث أنك طالبت بالشىء بدون وجه حق فانى أراهنك على ٥٠ أو ٥٠٠ آس » وكان مبلغ الرهان ٥٠٠ آس فى حالة ما إذا زادت قيمة الشىء المتنازع عليه عن ١٠٠٠ آس و٥٠ آس إذا لم تزد عن هذا المبلغ . وكان يذهب مبلغ الرهان إلى الخزينة العمومية بالنسبة لمن خسر الدعوى . (٣) ثم ينظر الحاكم فى أى الخصمين تكون له الحيازة مدة نظر النزاع . ويجب على من تقرر له وضع اليد على الشىء المتنازع عليه مدة النزاع ، أن يرده إذا خسر الدعوى . ويجب عليه أن يقدم لخصمه ضامنين يتعهدون للحاكم برد الشىء إلى الخصم الآخر إذا اتضح صدق عينه . (٤) ثم يعين القاضى الذى سيفصل فى موضوع النزاع . (٥) وتختم

إجراءات هذه الدعوى فى الدور الأول أمام الحاكم القضائى ، باشهاد الحاضرين على تمام الاجراءات المتقدمة ، ويقال لهذا الاجراء الأخير الاشهاد على الخصومة (litis contestatio) .

٢٩٨ — (ب) **الدور الثانى لدعوى القسم أمام القاضى** (injudicio) : فاذا حضر الخصمان أمام القاضى شرح كل منهما دعواه ، وللقاضى أن يستأنس فى تكوين عقيدته بكافة طرق الاثبات ، فله أن يلجأ إلى التحقيق أو اليمين ، وله أن يأخذ بالاعتراف الخ .

٢٩٩ — **الحكم** : ومتى كون القاضى رأيه ، حكم فى أيهما صادق فى يمينه (sacramentum justum) وأيهما كاذب فيه . ولكنه لا يتعرض فى حكمه لموضوع الملكية فلا يثبت من هو المالك منهما .

٣٠٠ — **طريقة تنفيذ الحكم** : بقى أن نعلم طريقة تنفيذ الحكم المذكور ، أو بعبارة أخرى كيف يصل من حكم بصدق يمينه إلى تأييد وضع يده إذا كان موضوع النزاع تحت يده أو الحصول عليه من خصمه إذا كان تحت يد هذا الأخير ؟

فاذا كان من كسب الدعوى هو الحائز ، فانه يحتفظ بالشىء نهائيا ، ويصبح فى مأمن من كل دعوى جديدة يرفعها خصمه ، بناء على قاعدة عدم جواز رفع الدعوى مرتين بشأن شىء واحد (bis de eadem re ne sit actio) .

أما إذا كان الشىء تحت يد من حكم بكذب يمينه ، فيجب عليه أن يسلمه إلى خصمه ، وإن لم يفعل أو صار رده متعذرا بفعله كأن يكون قد أعدمه ، فالظاهر أنه لا تمكن إجباره مباشرة على إرضاء خصمه عينا . بل كان للمحكوم له الرجوع على الضامنين ، وكان له أيضا أن يطلب إلى البريتور تعيين محكمين ثلاثة يقومون بتقدير قيمة الضرر الذى لحقه من جراء عدم التنفيذ وكان يلزم المحكوم عليه بدفع ضعف قيمة ثمرات الشىء على سبيل العقوبة .

٣٠١ — **عيوب هذه الدعوى** : كان لهذه الدعوى عيوب شتى : (١) فهي معقدة الاجراءات فضلا عن كثرة إجراءاتها التي كان الاخلال بواحد منها يجر معه بطلان الدعوى كلها . فقد كانت توجب على كل من الخصمين إقامة الدليل على ملكيته وفي هذا تعقيد بلا موجب . (٢) وكانت باهظة النفقات ، إذ كان يترتب على الفشل فيها الحكم بالرهان لصالح الحكومة (٥٠ أو ٥٠٠ آس على حسب الأحوال) . (٣) وأخيرا كان لا يفصل فيها في موضوع الملكية بصفة مباشرة بل يحكم فقط بصدق اليمين أو كذبها .

٣٠٢ — ٢ . **دعوى التعهد الشفوي** (procédure per sponsionem) : لذلك هدى العمل إلى إجراء آخر تقوم فيه المطالبة بناء على تعهد شفوي . فيسأل مدعي الملكية خصمه « هل تعدني بأن تدفع لي مبلغ ١٢٥ آس إذا كان العبد الفلاني ملكي ؟ » ويرد عليه المدعى عليه « إني أعدك » . وينظر القاضي الدعوى الشخصية المرفوعة بناء على التعهد الشفوي للمطالبة بالمبلغ المتعهد به ، ويحكم فيما إذا كان المدعي يستحق المبلغ المذكور من عدمه .

ويلاحظ وجود مدع واحد ومدعى عليه واحد ، وهو واضع اليد ، في هذه الدعوى . وذلك لأنه لما نظمت حماية وضع اليد بالأوامر ، صار موضوع النزاع يسلم لمن له من الخصمين حق حماية وضع يده ، حتى يفصل في النزاع على الملكية . وأصبح واضع اليد في مركز سلبي في غير حاجة لاثبات ملكيته حتى يثبت المدعي ملكيته ولكنها كدعوى القسم لا يفصل فيها في موضوع الملكية بصفة مباشرة .

٣٠٣ — ٣ . **دعوى الملكية التحكيمية** (Formula petitoria) : بقي العمل بالطريقة السابقة في العصر العلمي ، ولكن لما وجد في أواخر الجمهورية نظام المرافعات الكتابية ، حيث يسمع الحاكم القضائي طلبات الطرفين بصورة عادية وبغير عبارات أو إشارات رسمية ويحيل بعد ذلك الدعوى على حكم بمقتضى برنامج كتابي (formule) يبين له فيه مطالب الخصمين والوقائع التي يحققها وما يحكم به إذا ثبتت هذه الوقائع ، نقول لما وضع هذا النظام صارت ترفع دعوى

الاسترداد أيضاً فى صورة دعوى ملكية ، وأصبح الحكم يصدر فيها لتعيين المالك من الطرفين لا الكاذب منهما فى يمينه . وكانت صيغتها تحكمية إذ كان البريتور يذكر فى البرنامج الخاص بها ، وذلك بعد تعيين الحكم الذى يفصل فى موضوع الدعوى ، ما يأتى :

« وإذ ثبت لك (أى الحكم) بأن فلانا (المدعى) مالك لكذا (وهو الشىء المتنازع عليه) طبقا للقانون الرومانى وإذا لم يرد المدعى عليه الفلانى الشىء فالحكم عليه بالقيمة وإلا (أى إذا لم يظهر لك ذلك) فأبرئ ذمته » .

فصيغة دعوى الملكية كما تتبين هى صيغة مدنية (in jus) أى تستند إلى القانون المدنى ، وتحكمية (arbitraire) إذ يعلق الحكم فيها على عدم قيام المدعى عليه بالرد طبقا لأمر القاضى ، والجزء الخاص فيها بالحكم (condemnatio) غير معين بل يترك للقاضى حرية تقديره ، فهو الذى يقدر ما يجب على المدعى عليه رده أو دفع قيمته إلى المدعى ، وأخيرا فان الحكم فيها دائما يكون بمبلغ من النقود .

ولم يكن المدعى عليه ملزما بالدفاع فى دعوى الاسترداد ، بل له رفض برنامج الدعوى بترك الشىء المسترد . فاذا أراد الدفاع فى الدعوى كان له أن يتعهد ، ومعه ضامنون ، على تنفيذ الحكم وعلى المدعى بعد ذلك أن يثبت ملكيته . بل إن هناك أحوالا ربما لايحكم فيها على المدعى عليه ولو أثبت المدعى ملكيته ، وذلك إذا أثبت المدعى عليه بأن له دفعاً من الدفوع التى تجوز له الاحتفاظ بالشىء ، كما إذا كان له وضع اليد عليه بناء على حق رهن حيازى (exceptio pignoris) ، أو حق ملكية بريتورية (exceptio rei venditae ei traditae) ، أو بناء على أن المدعى لم يدفع له قيمة مصروفاته وإصلاحاته التى أحدثها بالشىء .

فاذا أثبت المدعى ملكيته ولم يكن لدى المدعى عليه شىء من الدفوع المتقدمة كان للقاضى قبل الحكم على المدعى عليه ، أن يطلب إليه ، إذا كان الشىء تحت يده ، أن يرده ومعه ملحقاته . فان رفض المدعى عليه رد العين حكم عليه بمبلغ التعويض الذى يقدره المدعى بيمينه . إنما للقاضى إذا تبين له أن المدعى قد غالى فى تقديره ، أن ينقصه إلى الحد

المنقول . وبذلك أصبح رد الشيء إلى صاحبه ، هو الغرض المباشر من الحكم ، إنما ترك تنفيذ ذلك إلى إرادة المحكوم عليه .

٣٠٤ — ٤ . **دعوى الاسترداد فى عهد جوستنيان** : بقى العمل بنظام المرافعات الكتابية حتى القرن الثالث من الميلاد ، حيث حل محله نظام المرافعات الادارية . فصارت تنظر الدعاوى فى دور واحد أمام الحاكم القضائى وهو موظف يعين من قبل الإمبراطور ، ويتولى بنفسه نظر الدعوى وتحقيقها والحكم فيها ، ويقوم أيضاً بتنفيذ حكمه بمعونة رجال السلطة العامة .

فبمقتضى هذا النظام الجديد كان يحكم القاضى برد الشيء ، ويصير تنفيذ حكمه بالرد (jussus restituendi) بمعونة رجال الحكومة قهراً عن إرادة المحكوم عليه ما دام ذلك ممكناً ، بأن كان الشيء تحت يده ؛ فاذا تعذر الرد عيناً ، إما لهلاك الشيء أو لتصرفه فيه ، فانه يحكم عليه بالقيمة والتعويض ، ويصير التنفيذ بهما على أموال المحكوم عليه ، ببيعها بالمزاد بمعرفة رجال الحكومة ، حتى يفى ثمنها بالمبلغ المحكوم به كما هى الحال فى الشرائع الحديثة .

§ ٢ – فى شروط دعوى الاسترداد

هذه الشروط على أنواع ثلاثة ، فبعضها يتعلق بالشيء المتنازع عليه ، وبعضها يتعلق بالمدعى ، وبعضها خاص بالمدعى عليه .

٣٠٥ — ١ . **الشروط الخاصة بموضوع النزاع** : يجب أن يكون الشيء رومانيا ماديا ، ومتميزاً عن غيره . فدعوى الاسترداد لا تشمل فى القديم الأشياء غير النفيسة . وهى لا ترفع للمطالبة بشيء معنوى كحق عينى آخر غير حق الملكية أو حق شخصى . وكذلك لا يصح رفعها لاسترداد مبلغ من النقود إلا إذا كانت النقود المستردة منفصلة ومتميزة عن غيرها بأن كانت فى كيس مختوم ، وكذلك لا يجوز استرداد حجر كريم مركب فى خاتم إلا إذا فصل عنه ابتداء بدعوى مستقلة (actio ad exhibendum) .

٣٠٦ — ٢ . **الشروط الخاصة بالمدعى** : يجب أن يكون المدعى رومانيا أو فى حكمه ، وأن يكون غير واضع يد على ما يطالب به ، وإلا كان له حماية حيازته بنظام الأوامر .

٣٠٧ — ٣ . **الشروط الخاصة بالمدعى عليه** : لا يشترط ، كما فى دعوى القسم ، أن يدعى المدعى عليه الملكية ، بل يكفى أن ينكر هذا الحق على المدعى . إنما يشترط فيه أن يكون واضعاً يده (possesseur) على الشيء المتنازع عليه ، حتى إذا ما خسر الدعوى أمكنه رد الشيء إلى المدعى .

إلا أنه منذ العصر العلمى ، أمكن رفع دعوى الاسترداد على الحائز (détenteur) أيضاً كالمستأجر مثلا . ولكن قد يهمل الحائز فى الدفاع فيحكم بالملكية لمدعيها ، وبذلك يضار المالك الظاهر ، لأنه يلزم فى حالة ما إذا أراد استرداد ملكه من المدعى فى الدعوى الأولى أن يثبت ملكيته ، بعكس ما إذا رفعت عليه الدعوى من أول الأمر بدلا من رفعها على الحائز ، فانه كان يتمتع بمركز سلبى حتى يثبت المدعى ملكيته . لذلك تقرر فى عصر الامبراطور قونسطنطين (حوالى ٣٤٢ م) على الحائز فى المثال المتقدم ، أن يخطر المالك الظاهر بدعوى الاسترداد المرفوعة حتى يتمكن من الدفاع عن حقه .

وقد أجاز جوستنيان رفع دعوى الاسترداد على غير الحائز فى حالتين :

١ — إذا كان المدعى عليه قد أخرج المال من حيازته بسوء نية قبل رفع الدعوى ، بأن تصرف فيه أو أهلكه أو هجره .

٢ — إذا قبل رفع الدعوى عليه واستمر فيها باعتباره واضع اليد ، بقصد تضليل المدعى عن الحائز الحقيقى حتى يكتسب هذا الأخير الملكية بمضى المدة .

ويقال للمدعى عليه فى الحالتين المتقدمتين الحائز الصورى (ficti possessores) ويكون الغرض من رفع الدعوى عليه هو عقابه على غشه وتدليسه .

§ ٣ — موضوع دعوى الاسترداد

تؤدى دعوى الاسترداد فى صورتها الأخيرة إلى ضمان رد الشىء إلى المدعى فى حالة إثبات الملكية قهراً عن المدعى عليه إذا كان ذلك ممكناً بأن كان الشىء موجوداً تحت يد المدعى عليه ، أو إلى دفع قيمته إذا تعذر الرد عينا بأن تصرف فيه أو أهلكه مضافاً إلى ذلك ملحقات الشىء وثماره . وقد يترتب عليها علاوة على ما تقدم الحكم على المدعى عليه بتعويض عن هلاك الشىء أو تلفه الناشىء عن فعله أو خطئه ، كما أن المدعى عليه نفسه له أن يستخدم دعوى الاسترداد المرفوعة عليه للمطالبة بتعويضه عن المصروفات التى يكون قد أنفقها فى المحافظة على الشىء أو إصلاحه .

وسندرس تباعا كلا من الموضوعات المتقدمة .

٣٠٨ — **رد الشىء** : كان يتم رد الشىء فى العصر العلمى تحت نظام المرافعات الكتابية تنفيذاً لتحكيم القاضى (arbitrium) . فهو الذى كان يعين للمدعى عليه ما يجب عليه رده وطريقة الرد . فاذا لم يكن المدعى عليه مالكا وقت الاشهاد على الخصومة ، ولم يكتسب الملكية فى أثناء نظر الدعوى بمضى المدة المقررة قانوناً للتقادم ، فان القاضى يأمره بنقل وضع اليد على الشىء إلى المدعى . أما إذا اكتسب الملكية بالتقادم فى أثناء نظر الدعوى أمره القاضى ، مستنداً إلى وقت الاشهاد على الخصومة ، بنقل ملكية الشىء إلى المدعى بالطريقة المناسبة لذلك كالاشهاد مثلا إذا كان الشىء نفيساً .

أما فى عهد جوستنيان ، وقد زال التميز بين الأموال النفيسة والغير نفيسة ، فكان القاضى يقضى بملكية المدعى للشىء ذاته .

٣٠٩ — **الثمرات** : أما فيما يتعلق بالثمار التى يجب على المدعى عليه ردها أو دفع قيمتها ، فكان القانون الرومانى فى عهد جوستنيان يفرق بين الثمار التى فصلت قبل زمن الاشهاد على الخصومة (litis contestatio) ، وبين التى فصلت بعده ،

وبين واضع اليد بحسن نيـة وواضع اليد بسوء النية (وتقدير حسن النية هنا أو سوء النية إنما يكون بالنظر إلى وقت الفصل لا وقت بدء وضع اليد) .

١ — ففيما يتعلق بالثمار المفصولة بعد زمن الاشهاد على الخصومة ، فان القانون لا يفرق بين واضع اليد حسن النية وواضع اليد سيئ النية ، بمعنى أن كلا منهما يلزم بردها أو دفع قيمتها لعلمهما باحتمال الحكم عليهما برد الشيء . ولا فرق فى ذلك بين الثمار التى جنيت بالفعل وبين التى كان يجب جنيها ، وكذلك لا فرق بين الثمار المستهلكة فعلا وبين الثمار الباقية .

٢ — أما فيما يتعلق بالثمار المفصولة قبل زمن الاشهاد على الخصومة ، فانه يجب التفرقة بين واضع اليد حسن النية وواضع اليد سيئ النية . فالأول كقاعدة عامة يتملك هذه الثمار بمجرد انفصالها فلا يلزم بردها ، إلا أن جوستنيان قيد هذا الحكم بشرط استهلاكها ، بمعنى أن واضع اليد حسن النية يلزم برد الثمار الباقية . أما الثانى (واضع اليد سيئ النية) فحكمه أنه يلزم برد جميع الثمار أيا كانت أو بدفع قيمتها .

٣١٠ — **التعويض عن الهلاك الجزئى أو التلف** : كذلك قد يسأل المدعى عليه عن هلاك الشيء الجزئى أو تلفه ، وذلك مع التفرقة بين ما إذا كان الهلاك الجزئى أو التلف قد حدث بعد الاشهاد على الخصومة أو قبله . ففى الحالة الأولى يسأل المدعى عليه عن هذا الهلاك أو التلف سواء أنشأ عن غشه أم خطئه بل ولو نشأ عن حادث جبرى ، إذ بانعقاد الدعوى صار مهدداً باحتمال ظهور أنه غير مالك فيجب عليه أن يعنى كل العناية بحفظ الشيء المتنازع عليه . إنما يعفى من هذه المسئولية ، إذا أثبت أن الشيء كان هالكا على أى حال ولو كان تحت يد المدعى ، كما إذا هلك الشيء فى كارثة عامة ، كغرق شمل بلد المدعى والمدعى عليه مثلا .

أما إذا هلك الشيء أو تلف قبل الاشهاد على الخصومة ، فلا يسأل واضع اليد عن ذلك إذا كان حسن النية ، ويسأل عنـه إذا كان سيئ النية وكان الهلاك أو التلف ناشئاً عن غش منه أو عن خطئه .

٣١١ — **استرداد المصروفات** : إذا أنفق المدعى عليه من ماله على الشيء لحفظه أو إصلاحه فله مطالبة المدعى بما صرف . ويفرق جوستنيان بين المصروفات الضرورية(impenses nécessaires) والمصروفات النافعة (impenses utiles) ومصروفات الزخرفة أو الزينة (impenses voluptuaires) .

فالمصروفات الضرورية هى التى صرفت لحفظ الشيء وصيانته بحيث لولاها لهلك الشيء . ويجوز للمدعى عليه المطالبة بها كلها ، وهذا بدون تفرقة بين واضع اليد حسن النية وواضع اليد سيء النيه ، لأنه لو كانت العين تحت يد المالك لاضطر لاجرائها حيث هى لازمة لصيانة ملكه .

والمصروفات النافعة هى التى تزيد فى قيمة الشيء كالبناء مثلا . وهذه يجوز للمدعى عليه المطالبة بها إذا كان حسن النية ، وذلك بقدر ما زاد بسببها فى قيمة الشيء (plus-value) ، بشرط أن لا يزيد ذلك عما صرف حقيقة . أما إذا كان سيء النية فلا حق له فى المطالبة بها ، إنما له حق الازالة (jus tollendi) بشرط عدم الضرر .

أما نفقات الزخرف والزينـة فلا يلزم بها المدعى ، لأنها كماليات تعمل عادة لمتفعة واضعها ، وله أن يأخذ منها ما يمكن نزعه بغير تلف .

ويلاحظ أن على واضع اليد إن أراد أن يتمسك بحقه فى المصروفات المتقدمة أن يطالب بها فى أثنـاء نظر الدعوى بطريق الدفع . فإذا رد الشيء قبل قبض المصروفات التى يستحقها فقد فقد حقه فيها ، إذ ليست له دعوى بالمصروفات بل كان عليه أن يحبس الشيء تحت يده حتى يوفيه المدعى ما يستحقه من هذه المصروفات .

المبحث الثانى

فى دعوى الانكار (L'Action Négatoire)

٣١٢ — **موضوعها** : هى دعوى عينية (in jus) مدنية (in rem) يرفعها المالك على الغير ، الذى مع عدم منازعته فى ملكية الأول لملكه يدعى بأن له حق ارتفاق عليه ، بنفى حق الارتفاق المذكور وإثبات أنه المالك لكل العين وألا حق للغير فيها فى انتفاع أو حق مرور الخ .

هذه الدعوى تحمى حق الملكية بأكمله ، فهى تشترك مع دعوى الاسترداد فى ذلك . وهى تماثلها من حيث إجراءاتها وأحكامها ، فكانت ترفع تحت نظام الدعاوى القانونية (legis actiones) بطريق دعوى القسم العينية ، ثم بطريق الدعوى الشخصية المبنية على التعهد الشفوى ، ثم فى العصر العلمى بطريق دعوى الملكية التحكمية . وكذلك يتبع فيها من حيث الموضوع أحكام دعوى الاسترداد .

وإنما تختلف عن دعوى الاسترداد من بعض الوجوه :

١ — فبينما دعوى الاسترداد لا يجوز رفعها إلا من المالك غير الحائز ، فان دعوى الانكار يجوز رفعها من المالك ، ولو كان واضعاً يده على ملكه بأكمله ، أى ولو لم يكن الغير يستعمل فعلا حق الارتفاق الذى يدعيه .

٢ — كذلك يختلف أمر القاضى (arbitrium) إلى المدعى عليه عند ثبوت دعوى المالك فى كل من الدعويين . ففى دعوى الاسترداد يكون أمر القاضى دائماً بالرد ، وهذا بخلاف الحال فى دعوى الانكار ، إذ قد يكون بالرد كما فى حالة المنتفع الذى تكون العين تحت يده فعلا ، وقد يكون وهو الغالب بالزام المدعى عليه على التعهد باحترام ملكية المدعى وعدم التعرض له .

٣ — وأخيراً تختلف الدعويان من حيث ماهية الاثبات الملقى على عاتق المدعى ، وهى مسألة اختلف فيها الشراح فى دعوى الانكار ، وذهبوا فيها مذاهب ثلاثة .[1]

---

(١) انظر جيرار طبعة سنة ١٩٢٩ ، ص ٣٧٤ هامش ٤

فيرى المذهب الأول ، وهو المجمع عليــه تقريباً فى فرنسا ، بأنه يجب على المالك أن يقيم الدليل على ملـكيته ويثبت خلو ملـكه من كل حق عليه للغير . وأما المذهب الثانى ، وهو الراجح فى ألمانيا ، فانه لايطلب من المالك سوى إثبات ملـكيته فقط ، فان فعل افترض خلو ملـكه من كل الحقوق العينية عليه ، ولزم إذن على المدعى عليه أن يثبت الحق الذى يدعيه . ويفرق المذهب الثالث بين حالتين : حالة ما إذا كان المالك يحوز العين بأكملها ، أى ما إذا كان الغير لا يستعمل فعلا الحق الذى يدعيه ، وحالة ما إذا كان المالك يحوز العين مقيدة باستعمال الغير فعلا للحق المذكور ففى الحالة الأولى لايلزم المالك بأكثر من إثبات ملـكيته ، وعلى المدعى عليه إثبات الحق الذى يدعيه ؛ وفى الحالة الثانية يجب على المـالك فوق إثبات ملـكيته نفى حق الغير على ملـكه . وهذا الرأى الأخير ، مع كونه مؤيداً من النصوص ، يخالف نظرية القانون الرومانى القائلة بعدم جواز وضع اليد على حقوق الارتفاق .

المبحث الثالث

فى الدعوى البريتورية لحماية الملـكية

(L'action Publicienne)

٣١٣ — *تاريخها* : تنسب هــذه الدعوى إلى أحد الحـكام القضائيين اسمه (Publicius) ، وهو الذى أدمج صيغتهــا (formule) فى المنشور البريتورى (l'Edit) . ولـكن لا يعلم تاريخ ظهورها بالضبط ، على أنه مما لا شك فيه أنها لاحقة لظهور صيغة دعوى الملـكية إذ هى صورة منها ، سابقة على عهد الفقيه (Sabinus) إذ الظاهر أنها كانت معلومة لديه[1] .

وقد فقدت هذه الدعوى فى عهد جوستنيان جزءاً كبيراً من مجال تطبيقها ، لزوال حالات الملـكية البريتورية التى كانت تحميها ، وخصوصاً حالة من يكتسب

---

(١) انظر جيرار ، طبعة سنة ١٩٢٩ ، ص ٣٧٥ هامش ٢ .

مالا نفيساً بطريق التسليم . ونعلم من دراستنا السابقة كيف زال فى عصر جوستنيان تقسيم الأشـياء إلى نفيسة وغير نفيسة ، وكيف صار التسليم الطريقة الاختيارية الوحيدة لنقل الملـكية بالنسبة لجميع الأشياء .

٣١٤ — **صيغتها** : ويمكن استخلاص صيغتها من نص من النصوص المحققة لجايوس (Gaius IV, 36) يقرر منح هذه الدعوى لمشتر حصل على الشيء بطريق التسليم ، ثم فقد وضع يده قبل إتمام مدة وضع يده المـكسب ، وهاك صيغتها : « إذا كان الشيء الذى اشتراه المدعى ، والذى حصل عليه بالتسليم يجب اعتباره ملكا له طبقاً للقانون الرومانى مع افتراض وضع يده عليه مدة سنة . الخ » .

٣١٥ — **خصائصها** : يمكننا أن نستنبط من الصيغة المتقدمة خصائص هذه الدعوى . فهى دعوى عينية (in rem) مدنية (in jus) وصورية (fictice) إذ ترفع بصيغة دعوى الاسترداد مع افتراض أن المدعى أتم مدة وضع اليد المـكسبة للملـكية . فهى تفترض حينئذ توافر الشروط اللازمة للتقادم من جانب المدعى ما عدا المدة القانونيـة ، فيجب لاستعمالها أن يكون المدعى قد وضع يده على العين التى يطالب بها بسند صحيح وحسن نية ، ولـكن لايشترط أن يكون قد وضع يده المدة المقررة قانوناً لاكتساب الملـكية (سنة أو سنتين على حسب الأحوال) .

على ذلك فالدعوى المتقدمة يمكن استخدامها من كل شخص فى طريق اكتساب الملـكية بمضى المدة . فهى ممكنة عملا بالنسبة لفريقين من الأشخاص :

١ — ممن لهم الملـكية البريتورية .

٢ — ومن واضعى اليد بحسن نية وهم من اكتسبوا الشيء من غير مالـكه بحسن نية . ويحسن دراسة هذه الدعوي بالنسبة لـكل فريق على انفراد لاختلاف أحكامها بالنسبة لـكل .

١ — بالنسبة لأصحاب الملكية البريتورية

٣١٦ — **مورد استعمالها** : تمنح هذه الدعوى للمالك البريتورى الذى فقد وضع يده للمطالبة برد الشيء إليه وتثبيت حقه عليه .

فهى تعطى لمن حصل على شيء نفيس بطريق التسليم وبسند صحيح ، وهى الصورة المهمة للملكية البريتورية . وتعطى أيضا لغيره ممن اكتسبوا الملكية البريتورية وقد أتينا على بعض منهم عند الكلام على نقل الملكية بحكم قضائى .(١)

وهى تسمح للمالك البريتورى من استرداد ملكه فى مواجهة كافة واضعى اليد

٣١٧ — **الدفع بالملكية** (exceptio justi dominii) : أما إذا رفع المالك البريتورى دعواه على صاحب الملكية الرومانية ، فلا يكون نصيبه النجاح فى كل الأحوال ، إذ للمالك الرومانى إسقاط دعواه بدفع الملكية (exceptio dominii)

٣١٨ — **الرد بدفع الغش أو الشيء المبيع أو المسلم** : إنما المالك البريتورى وسيلة للرد على الدفع المتقدم فى حالة ما إذا كان تسليم الشيء النفيس إليه قد صدر من المالك الحقيقى نفسه . فله أن يرد على دفع المالك بالغش أو بالشيء المبيع والمسلم وكأنه يقول له « لقد بعت لى هذا الشيء النفيس ولم أكتسب ملكيته لعدم حصول الاشهاد وإنى مع تسليمى ببقائك مالكا لهذا الشيء إلا أنك سيء النية فى عدم ترك الشيء إلى وقد بعته وسلمته لى » ففى هذه الحالة ينجح المالك البريتورى فى دعواه قبل المالك الرومانى الذى باعه الشيء وسلمه إليه .

(١) راجع ما تقدم ص ٢٠٠ ، ٢٠١ .

§ ٢ – بالنسبة لواضعى اليد بحسن نيه

(La publicienne du possesseur de bonne foi)

٣١٩ – **فائدتها بالنسبة لهم** : تعطى أيضاً الدعوى المتقدمة (action publicienne) لواضعى اليد بحسن نية[1] . ولكن كيف تمنح هذه الدعوى لواضع اليد ، وهو لا يعتبر مالكا حتى فى نظر القانون البريتورى ؟

ذلك أن واضع اليد بحسن نية ، كالمالك البريتورى ، فى حالة توصله إلى اكتساب الملكية بمضى المدة ، إذ لا ينقصه لذلك سوى المدة المقررة قانوناً للتقادم فيمكنه إذن من استعمال صيغة هذه الدعوى وهى قائمة على افتراض تمام مدة وضع اليد .

وقد سبق أن درسنا المزايا التى يتمتع بها واضع اليد ، فهو يكتسب الملكية بمضى المدة ، ويكتسب الثمرات ، ويتمتع بمركز المدافع فى دعوى الاسترداد المرفوعة عليه من المالك ، وأخيراً له التمتع بأوامر وضع اليد .

وعلى ذلك يمكننا التساؤل عن الفائدة التى يرجوها واضع اليد من رفعه دعوى الملكية البريتورية ، ولديه نظام الأوامر يحميه فى حالة التعرض لوضع يده أو فقده له ؟

يمكننا الجواب على ذلك بأن نظام الأوامر ، وإن كان سريع الاجراءات ، إلا أنه باهظ النفقات . كما أنه لا يؤدى إلى تأييد حق واضع اليد إلا مؤقتاً ، إذ يترك موضوع الملكية جانباً . ويجب ألا ننسى أن دعوى استرداد الحيازة ، كما انتهت إليها أوامر رد الحيازة فى عصر جوستنيان ، مقيدة بمدة سنة ، فلا يكون أمام واضع اليد حسن النية بعد مضى هذه السنة سوى دعوى الملكية البريتورية لاسترداد العين التى خرجت من تحت يده .

---

(١) وان كان بعض الشراح ، ومنهم (Brinz) و (Appleton) يعارض فى منح هذه الدعوى اليهم ، انظر جيرار ، طبعة سنة ١٩٢٩ ، ص ٣٧٦ هامش ١ .

وهكذا يمكننا أن نفسر استخدام واضع اليد لهذه الدعوى سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع .

ولكن إذا كان لواضع اليد حسن النية وسيلة لاسترداد الشيء عند فقد وضع يده عليه ، فانه لا ينجح دائماً فى استرداده ، إذ قد يعترض دعواه بعض الدفوع التى تؤدى إلى إسقاط دعواه . هذه الدفوع هى :

٣٢٠ — ١ . **الدفع بالملكية** (l'exception Justi dominii) : فاذا رفع واضع اليد دعواه على المالك الحقيقى الذى عاد إليه ملكه ، فلهذا الأخير أن يدفع بملكيته ، وليس لواضع اليد فى هذه الحالة أن يرد بالغش أو بالشيء المبيع والمسلم ، ويخسر واضع اليد عندئذ دعواه إذا أثبت المالك صحة دفعه أى أثبت أنه المالك الحقيقى .

مثال ذلك إذا اشترى (ا) من (ب) شيئاً غير مملوك له ، فان (ا) لا يكتسب الملكية ، بل يعتبر فقط واضع يد ، ولكن يمكنه اكتساب الملكية بالتقادم . فاذا فقد وضع يده على المبيع قبل تمام مدة التقادم ، وعاد المبيع إلى مالكه الحقيقى (حـ) ثم رفع (ا) على (حـ) الدعوى البريتورية المذكورة ، كان للمالك وهو (حـ) أن يدفع هذه الدعوى بدفع الملكية . ويترتب على هذا الدفع رفض الدعوى ، إذ ليس لدى (ا) ما يرد به عليه .

٣٢١ — ٢ . **الدفع بتكافؤ السند** (l'exception paris bonae fidei possessionis) : قد يفقد واضع اليد دعواه أيضاً إذا رفعها على واضع يد بحسن نية مثله . إنما يجب أن نفرق بين حالتين :

الحالة الأولى : إذا اكتسب الاثنان الشيء من شخصين مختلفين غير مالكين فواضع اليد الحالى منهما هو الذى ينجح فى هذه الدعوى .

مثال ذلك اشترى (ا) من (ب) وهو غير مالك . وفقد (ا) وضع يده على المبيع فيشتريه (حـ) من (ى) وهو أيضاً غير مالك . فاذا رفع (ا) الدعوى على (حـ) مطالباً إياه برد الشيء إليه كان لهذا الأخير أى (حـ) أن يدفع دعوى (ا) بوضع يده ، ويترتب على دفعه هذا أن يفقد (ا) دعواه بناء على القاعدة المشهورة

« عنـد تـكافؤ السند يفضل واضع اليـد » (in pari causa melior est possidentis) . فكلاهما فى مركز مساو للآخر ، إذ كل منهما واضع يد بحسن نية ، وإنما يمتاز واضع اليد الفعلى بوضع يده ، ولذلك يحتفظ به .

الحالة الثانية : إذا اكتسبا الشىء من شخص واحد غير مالك ، فان واضع اليد الأول منهما هو الذى يفوز فى الدعوى المذكورة ، إذ له الدفع بالأسبقية (l'exception rei primo venditae et traditae) .

يمكننا أن نستنبط مما تقدم أن واضع اليد لا ينجح فى دعواه البريتورية إلا فى مواجهة واضع يد أضعف مركزا منـه سواء أكان من الوجهة القانونية أم من وجهة وضع اليد .

٣٢٢ — ***الدعوى البريتورية فى عهد جوستنيان*** : فقدت هذه الدعوى كثيراً من أهميتها فى عصر جوستنيان . فقد كانت تستخدم كوسيلة لحماية الملكية البريتورية وخصوصا فى حالة نقل شىء نفيس بطريق التسليم ، وهى حالة زالت بزوال التفرقة بين الأشياء النفيسة والأشياء غير النفيسة .

وصار مجال تطبيقها مقصوراً على واضعى اليد بحسن نية . هذا ويقول جوستنيان بجواز استعمال هـذه الدعوى البريتورية من المـالك الرومانى (propriétaire quiritaire) بدلا من دعوى الاسترداد ، إذ هى أسهل من الأخيرة من حيث الاثبات[1] .

وهكذا صارت أهمية الدعوى المتقدمة محدودة فى عصر جوستنيان وهى غير موجودة فى قانوننا الحـاضر . فليس لواضع اليد الآن دعوى ملـكية (action pétitoire) بل له فقط استعمال دعاوى وضع اليد (actions possessoires) .

---

(١) انظر فى علاقة الدعوى البريتورية بدعوى الاسترداد فى القـانون الفرنسى (Appleton) المجلة العامة للقانون ، سنة ١٩٢٣ ، ص ١٥٤ — وكولان وكابيتان ، الجزء الأولى ، نبذة ٩٦٢ .

الباب الثانى

فى الحقوق العينية المقررة على مال الغير

(Jura in Re Aliena)

هى حقوق عينية ، أى واقعة مباشرة على الشىء مثل حق الملكية ، ولكنها تختلف عنها فى أنها مقررة على عين مملوكة للغير ، ولذلك يطلق عليها عبارة (jnra in re aliena) . هذه الحقوق كانت محدودة العدد فى القديم ، ثم صار عددها وفيراً فى عهد جوستنيان .

فحقوق الارتفاق وحدها هى التى ترجع إلى عهد القانون القديم . وربما رجعت إلى نفس التاريخ الذى ظهرت فيه الملكية الفردية . ويظهر هنا أيضاً ، كما فى باب الملكية ، ذلك التميز بين طريقة اكتساب الحق وسند اكتسابه ، فالاتفاق المجرد لا يكفى لانشاء حق ارتفاق ، بل لا بد من طريقة (mode) لانشائه ، إلا أن هناك استثناء خاصا بحقوق الارتفاق الاقليمية ، فقد تنشأ بالاتفاق وحده ، وكذلك الحقوق العينية البريتورية والأمبراطورية ، وهى الرهن غير الحيازى (hypothèque) والاستقرار (superficie) والحكر (emphytèose) وإجارة الأراضى الخراجية ، فانها تنشأ أيضاً بمجرد الاتفاق بدون حاجة إلى طريقة خاصة .

وسندرس تباعاً هذه الحقوق فى فصلين : الأول فى حقوق الارتفاق ، والثانى فى باقى الحقوق العينية الأخرى .

الفصل الأول

فى حقوق الارتفاق

(Les servitudes)[1]

حق الارتفاق يمكن تعريفه بأنه حق عينى مقرر على مال مملوك للغير لمنفعة شخص معين أو لمنفعة عقار معين .

نستنبط من ذلك أن حقوق الارتفاق عند الرومان تنقسم إلى قسمين .

١ — حقوق ارتفاق عينية (servitudes réelles) وهى التى تطابق حقوق الارتفاق كما نفهمها الآن ، أى تكاليف مقررة على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لشخص آخر ، كحق المرور وحق الشرب .

٢ — وحقوق ارتفاق شخصية (servitudes presonnelles) وهى المقررة لمنفعة شخص معين . وتشمل حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى وحق استخدام العبيد أو الحيوان . وسندرس :

أولا — تاريخ حقوق الارتفاق .

وثانيا — أنواع حقوق الارتفاق ومفرداتها .

وثالثا — طرق إنشائها واكتسابها .

ورابعاً — أسباب زوالها .

وخامساً — وسائل حمايتها .

---

(١) راجع : Destrais Propriété et servitudes en droit romain, 1885, pp 254-491.

المبحث الأول

فى التطور التاريخى لحقوق الارتفاق

٣٢٣ — **حقوق الارتفاق العينية الزراعية** : كانت أول حقوق الارتفاق التى ظهرت بروما هى حقوق الارتفاق الزراعية ، أى المقررة لمنفعة الأراضى الزراعية وهى المسماة (servitutes praediorum rusticorum) كحق المرور وحق الشرب وهى موجودة حتى وقتنا الحاضر .

ويذهب بعض شراح القانون المدنى إلى اعتبار حق الارتفاق جزءاً من حق الملكية ، نشأ بفصل المالك منفعة عن حقه لاعطائها إلى مالك آخر . إلا أن هذا الرأى ، مع أنه يقبل النقد من الوجهة النظرية البحتة ، غير صحيح من الوجهة التاريخية . إذ من الثابت أن حق الارتفاق لم ينشأ من طريق المنح من المالك ، وإنما كان كأثر من آثار استغلال الأراضى ، وقت أن كانت الملكية جماعية (propriété collective) ؟ فعند ما وزعت هذه الأراضى كنتيجة لظهور نظام الملكية الفردية ، دعت الضرورة إلى تقرير حقوق ارتفاق لمصلحة بعض العقارات على البعض الآخر لامكان الاستمرار فى الانتفاع بها كما فى القديم .

وقد نصت الألواح الاثنا عشر على أهم الارتفاقات الزراعية كحق المرور والشرب والمجرى ، ولكنها لم تذكر بخصوصها عبارة الارتفاق . ذلك أن فكرة الارتفاق ، باعتباره تكليفاً مقرراً على عقار مملوك للغير ، لم تكن قد عرفت بعد . بل كان المنتفع بحق الارتفاق يعتبر مالكا للجزء الذى ينتفع به ، فصاحب حق المرور مثلا مالك للممر ، وصاحب حق الشرب مالك للمجرى أو المسقى الخ . ثم ميز الرومان بين الحق ذاته ، وهو شىء معنوى ، والشىء محل الحق والمملوك للغير . وبذا أمكن القول بأن حق الارتفاق هو حق (res incorporalis) مقرر لعقار على عقار آخر . ويقال للعقار المنتفع من حق الارتفاق العقار المخدوم (fonds

(dominant أو المرتفق ، ويسمى العقار المقرر عليه العقار الخادم fonds)
(servant أو المرتفق به .

٣٢٤ — **ظهور حقوق الارتفاق العينية البنائية** : كانت حقوق الارتفاق الزراعية هي حقوق الارتفاق الأولى التي عرفت في روما . غير أنه لما أعيد إنشاء روما بعد تخريبها من رجال الغال عند غزوهم لها في سنة ٣٩٠ قبل الميلاد ، ظهرت حقوق ارتفاق جديدة لمنفعة العقارات المبنية ، وتعرف حقوق الارتفاق هذه بالمدنية أو البنائية (servitutes praediorum urbanorum) . إذ شيدت المباني الجديدة متلاصقة وبحيطان مشتركة مما دعا إلى تقرير حقوق ارتفاق على بعضها لمنفعة البعض الآخر كحق المطل وحق الاستناد وحق المسيل الخ .

٣٢٥ — **ظهور حقوق الارتفاق الشخصية** : وأخيراً ظهرت في القرن السابع لروما حقوق ارتفاق جديدة على مال الغير ، وهي حق الانتفاع وحق الاستعمال ، وحق السكنى ، وحق استخدام العبيد . ويسميها جوستنيان حقوق الارتفاق الشخصية (servitutes personarum) لأنها مقررة لمنفعة شخص . وهي حقوق عينية كحقوق الارتفاق العقارية .

٣٢٦ — **صفات عامة لحقوق الارتفاق** : لماذا أطلق جوستنيان على هذه التكاليف المقررة لمنفعة شخص معين عبارة الارتفاق ؟

سميت كذلك لأن لها صفات مشتركة مع حقوق الارتفاق العينية :

١ — فجميعها حقوق عينية ، فحق الارتفاق الشخصي كحق الارتفاق العيني ، مسلط مباشرة على مال مملوك للغير ، ونافذ على كل حائز لهذا الشيء ، ومحمي بدعوى عينية تتبع العين أينما كانت . ويترتب على ذلك أن لصاحب حق الارتفاق أن ينتفع بالعقار الخادم ، أو أن يمنع إجراء شيء معين عليه ، ولكن ليس له أن يطلب إلى مالك العقار الخادم أن يفعل أمراً ما . وهو ما يعبر عنه بقولهم (servitus in faciendo consistere non potest) . فهذا المبدأ مشترك بين حقوق الارتفاق العينية والشخصية .

٢ — وهى حقوق عينية مقررة على مال الغير ، فلا يمكن أن يكون لشخص حق ارتفاق على ماله . وهو ما يعبر عنه بقولهم (Nemini res sua servit) .

٣٢٧ — **أوجه الاختلاف بين حقوق الارتفاق العينية والشخصية** : إلا أن هناك اختلافات هامة بين النوعين يمكن حصرها فيما يأتى :

١ — حقوق الارتفاق العينيـــة رابطة بين عقارين ، العقار الخادم والعقار المخدوم ، أو هى مقررة على عقار مملوك لشخص آخر .

بخلاف حقوق الارتفاق الشخصية فهى مقررة لمنفعة شخص معين .

٢ — حقوق الارتفاق العينيـــة لا تكون إلا على عقار ، بخلاف حقوق الارتفاق الشخصية ، فقد تكون فى بعض الأحوال على منقول .

٣ — حقوق الارتفاق العينية — وهى علاقة بين عقارين — دائمة كحق الملكية ما دام العقاران . فينتفع بها جميع الملاك المتتابعين للعقار المخدوم ، ويتحملها جميع الملاك المتتابعين للعقار الخادم .

بخلاف حقوق الارتفاق الشخصية ، فهى غير دائمة بطبيعتها ، بل هى موقوتة على الأكثر بوفاة صاحبها .

المبحث الثانى

فى أنواع حقوق الارتفاق وملحقاتها

§ ١ — حقوق الارتفاق العينية (Les servitudes prédiales)

٣٢٨ — **تعريفها وخصائصها** : حق الارتفاق العينى حق عينى مقرر على عقار ، ويقال له العقار الخادم ، لمنفعة عقار آخر يقال له العقار المخدوم .

يترتب على ذلك : ١ — أنه لما كان حق الارتفاق العينى رابطة بين عقارين كان لا بد من التصاق العقارين (causa naturalis) حتى يمكن استعماله . وقد

كانت هذه القاعدة مطلقة فى القانون القديم ، إذ لم يتصور فى هذا العصر قيام حق ارتفاق بين عقارين غير متصلين . ثم استبعدت هذه القاعدة بالنسبة لحقوق الارتفاق البنائية ، فأمكن فيما بعد تقرير حق المطل بين عقارين يفصلهما ميدان أو حديقة .

٢ — حق الارتفاق العينى مقرر لمصلحة عقار لا لمصلحة شخص معين . يترتب على ذلك أن حق الارتفاق العينى يتكون من منفعة تزيد فى قيمة العقار المخدوم ، لا من منفعة شخصية لمالك هذا العقار . فحق إجراء المياه فى ملك الجار ، أى الأرض المجاورة ، يمكن أن يكون محلا لحق ارتفاق . أما حق الصيد الذى يكون لشخص على عقار فلا يكون موضوعاً لحق ارتفاق .

٣ — حق الارتفاق العينى حق دائم أو أبدى ما دام العقاران (causa perpetua) .

٤ — كذلك لا يجوز التصرف فيه مستقلا عن العقار ، فلا يجوز بيعه أو إجارته أو رهنه أو حجزه مستقلا .

٥ — وهو حق غير قابل للتجزئة . فاذا قسم العقار الخادم أو المخدوم على عدة شركاء ، فكل منهم يلتزم فى نصيبه بالحق كله ، وينتفع به كله . وكذلك إذا كان العقار مملوكا لعدة أشخاص ، فلا يجوز تقرير حق ارتفاق عليه من غير رضاء جميع الشركاء فى الملك .

٣٢٩ — التمييز بين حقوق الارتفاق العينية الزراعية والبنائية :
سبق أن بينا أن حقوق الارتفاق العينية نوعان : زراعية وبنائية . ولكن ما هو أساس التمييز بينهما ؟

ترجع هذه التفرقة إلى شكل العقار المخدوم . فحقوق الارتفاق البنائية هى المقررة لمنفعة عقار مبنى ، ولو لم يكن بالمدن . أما حقوق الارتفاق الزراعية فهى المقررة لمنفعة عقار غير مبنى ، ولو كان كائناً بالمدينة . فحق الارتفاق الواحد قد يكون فى بعض الأحوال بنائيا إذا كان مقرراً لمنفعة عقار مبنى ، وقد يكون بذاته زراعيا إذا كان مقرراً لمنفعة عقار غير مبنى [١] .

(١) راجع جيفار ، طبعة سنة ١٩٣٤ ، الجزء الأول ، ص ٤١٠ هامش ٥١

لهذه التفرقة أهمية خاصة فى القانون الرومانى ، إذ كان يعتبر حق الارتفاق الزراعى دون البنائى من الأشياء النفيسة ، كما أنهما يختلفان من حيث أسباب زوالها كما سيأتى بعد .

٣٣٠ — **أهم حقوق الارتفاق الزراعية** : حقوق الارتفاق الزراعية كقاعدة عامة حقوق إيجابية ، بمعنى أنها تستلزم للانتفاع بها قيام صاحب العقار المخدوم بأفعال مادية على العقار الخادم ، ولا تقتصر على منع صاحب العقار الخادم من القيام بعمل معين بملكه . وأقدم هذه الحقوق هى الآتية :

ا — حق المرور وكان أنواعاً ثلاثة : ١ — (iter) ويسمح لصاحبه بالمرور بأرض الجار راجلا أو راكبا ٢ — (actus) ويسمح لصاحبه عدا ما تقدم أن يمر بمواشيه أيضا ٣ — (via) ويشمل عدا ما تقدم أن يمر بعرباته .

ب — وحق المجرى ، أى إجراء المياه فى أرض الجار المجاورة لرى الأرض منها (acquae ducendae) . ثم نشأ بعد ذلك حق سقى الدواب الزراعية على أرض الغير ، وحق رعيها فى مرعى الغير ، ثم حق أخذ رمال أو أحجار أو أشجار من أرض الغير أو غابته لاستخدامها فى أرضه .

٣٣١ — **حقوق الارتفاق البنائية** : قد تكون إيجابية أو سلبية . وهاك أهمها :

حق تصريف المياه المنزلية بأرض الجار (cloaca) وهو أقدم حقوق الارتفاق البنائية . ثم نشأت حقوق جديدة لم يمكن تصور نشوئها إلا بعد أن استبدلت بالمبانى القديمة التى كانت على دور واحد مبان مكونة من عدة أدوار ، ومنها حق الاستناد (servitude d'appui) فوق حائط الجار أو تركيب ألواح السقف فيها ، وحق المطل (servitude de vue ou de jour) وهو حق التمتع بالنظر وبالنور ويستلزم عدم البناء من الجار ، وارتفاق عدم التعلى (servitus altius non tollendi) ؛ وحق تصريف مياه الأمطار على مبانى الجار .

§ ٢ — حقوق الارتفاق الشخصية

(Les servitudes personnelles)

هى حقوق عينية مقررة لمنفعة شخص على مال مملوك لشخص آخر . فهى حقوق مؤقتة . وكما يمكن تقريرها على عقار يمكن تقريرها أيضا على منقول . وهى محصورة العدد ، وقد حصرها الامبراطور جوستنيان فى أربعة : (ا) حق الانتفاع (ب) حق الاستعمال (حـ) حق السكنى (ى) حق استخدام العبد أو الحيوان .

وقد زال النوع الأخير (حق استخدام العبد والحيوان) من القوانين العصرية وبقيت حقوق الانتفاع والسكنى والاستعمال ، ولكن لا باعتبارها حقوق ارتفاق بل كحقوق عينية

١ — حق الانتفاع (L'usufruit)[1]

٣٣٢ — *تعريفه* : يمكن تعريفه بأنه حق استعمال شىء مملوك للغير والتمتع بثمراته بشرط استبقاء عينه .

فهو يشمل حق الاستعمال (jus utendi) أو (l'usus) ، وحق أخذ الثمرات (jus fruendi) أو (le fructus) ، دون حق التصرف (jus abutendi) أو (l'abusus) .

٣٣٣ — *خصائصه* : ١ — هو حق عينى ، فعلاقة المنتفع مع المالك تختلف كل الاختلاف عن علاقة المستأجر والمالك . فالمنتفع ، كالمستأجر ، له الانتفاع بالشىء وأخذ ثمراته . ولكن حق المستأجر شخصى ، والعلاقة الناشئة بينه وبين المالك

---

(١) راجع كيك ، طبعة سنة ١٩٢٨ ، ص ٣٣٢ و ٣٤١ — ومقال (Masson) المنشور فى مجلة تاريخ القانون ، سنة ١٩٣٤ ، ص ٨ — ٤٨ و ١٦١ — ٢١٨ — ومقال (Buckland) المنشور فى مجلة (Law Quartery Review) ، سنة ١٩٢٧ ، ص ٣٢٦ — ٣٤٨

علاقة شخصيــة ، أى علاقة التزام ؛ وعلى خلاف ذلك لا يوجد ، كقاعدة عامة أى التزام بين المــالك والمنتفع ، إذ للمنتفع حق عينى على الشىء مباشرة .

٢ — حق الانتفاع حق مؤقت ، فهو موقوت كقاعدة عامة بحياة المنتفع ، وغير قابل للتصرف فيه ، فلا يجوز للمنتفع التصرف فيه ، إنما يجوز له التنازل عن استعماله مدة حياته .

يترتب على ذلك أن المنتفع إذا أجر الشىء ثم توفى قبل انتهاء الاجارة ، فان الاجارة يقف أثرها بوفاة المنتفع . ولا يخفى ما فى ذلك من الغبن على المستأجر الذى يكون قد تحمل نفقات كثيرة بقصد تهيئة العقار للاستغلال .

٣ — وأخيراً هو حق قابل للانقسام ، بخلاف حقوق الارتفاق العينيــة كما قدمنا .

٣٣٤ — **الأشياء التى يصح تقرير الانتفاع عليها** : يمكــن تقرير حق الانتفاع على عقار أو منقول ، ولــكن بشرط ألا يكون من الأشياء التى تهلك بمجرد استعمالها . إذ لا يخول الانتفاع للمنتفع حق التصرف فى الشىء والاستهلاك نوع من التصرف .

ولــكن هذه القاعدة لم تستمر على إطلاقها . فقد صدر فى أوائل الامبراطورية قانون يبيح الوصية بحق الانتفاع على الأموال المثلية ، والنقود التى يتركها الموصى عند وفاته ويقال له شــبه الانتفاع (quasi usufruit) . ويكون المنتفع فى هذه الأحوال مالــكا للشىء محل حقه ، فله الانتفاع به باستهلاكه أو التصرف فيه ، ولــكنه يلتزم برد مثله أو قيمته عند انتهاء الانتفاع بسبب من أسباب زواله .

كذلك تقرر جواز إنشاء شبه حق انتفاع على مقدار من النقود كدين . وللمنتفع فى هذه الحــالة أن يقبض أقساط الدين وفوائده . وله قبض الدين إذا استحق ، وله استغلاله وأخذ غلته ، على أن يرد أصل الدين عند الانتفاع .

٣٣٥ — **حقوق المنتفع** : ١ — له حق استعمال الشىء وملحقاته . كركوب الدابة أو سكنى الدار .

٢ — له حق استغلال الشيء ، أى جنى ثمراته ، سواء أكانت طبيعية كثمار الأشجار ونتاج الدواب (دون أولاد الرقيقة) ، أم مدنية وتشمل كل فائدة يحصل عليها المنتفع من تنازله عن حقه فى أخذ الثمرات سواء ببيعه أو تأجيره ، كأجرة المنزل أو الأرض الزراعية .

ولما كان حق الانتفاع حقا شخصيا مقرراً لمنفعة المنتفع ، لم يكن لهذا الأخير حق التصرف فيه ؛ إنما يجب أن نفرق بين الحق ذاته وبين استعماله ، إذ للمنتفع أن يتنازل عن حقه فى أخذ الثمرات لغيره ، سواء أحصل هذا التنازل بعوض أم بدون عوض ، وإنما يبقى حق الانتفاع ذاته متعلقاً بشخصه ، ويستمر المنتفع مرتبطاً بالواجبات المترتبة على الحق المذكور قبل المالك ، وليس له أن يتخلص منها بأى تصرف من التصرفات .

ولما كان المنتفع حائزاً فقط (simple détenteur) ، لم يكن له الانتفاع بأوامر وضع اليد ، ولكن سنرى أن البريتور منحه الأوامر المذكورة بطريق التوسع .

٣٣٦ — علاقة المنتفع بمالك الرقبة — التزامات المنتفع : ترجع طبيعة هذه العلاقة إلى طبيعة حق الانتفاع نفسه باعتباره حقا عينيا ، فهو حق مباشر على الشيء للمنتفع استعماله مستقلا عن المالك ، فلكل منهما حق مستقل عن الآخر ، للمالك سلطة التصرف فى العين ، وللمنتفع سلطتا الاستعمال والاستغلال .

لذلك كانت هذه العلاقة لا تتضمن أى التزام على أحد الطرفين قبل الآخر (١) ومثلهما مثل مالكين متجاورين كل منهما وشأنه فى ملكه مع احترام ملك غيره بعدم سرقته أو إتلافه اتباعاً للمبادئ العامة . فلم يكن على المنتفع أن يعتنى بالعين أو يحافظ عليها من الخطر أو الضرر ، وله أن ينتفع بها وألا ينتفع ولو ترتب على إهماله الانتفاع ضرر بالعين .

كذلك لم يكن على المنتفع أن يتكلف مشقة رد العين بالفعل إلى مالكها

(١) انظر جيرار ، طبعة سنة ١٩٢٩ ، ص ٣٩٣ ، هامش ١ .

عند انتهاء حق الانتفاع ، بل له أن يتركها أو يهملها حتى يسعى إليها مالكها أو يطالب بها .

لذلك تدخل البريتور لعلاج هذه الحالة . فألزم المنتفع بأن يعتنى بالعين عناية رب الأسرة بأمواله ، وأن يتعهد بردها بنفسه عند نهاية حق الانتفاع أو بواسطة ورثته بعد وفاته .

إلا أن هذا الالتزام بالرد لا ينشأ عن حق الانتفاع ذاته ، وإنما عن تعهد المنتفع به ، ذلك التعهد الذى كان يلزمه البريتور به عند تسلمه العين المقرر عليها حقه . وكان يضمنه فى هذا التعهد ضامنون يكفلون رد الشيء عند نهاية الانتفاع به

ويقال لهذا التعهد (cautio usufructuaria) ، وهو مثل للاشتراطات البريتورية (stipulations prétoriennes) . وهكذا نشأت التزامات معينة على المنتفع فى علاقته مع مالك الرقبة

هذه الالتزامات المقررة على المنتفع يقررها أيضاً القانون الحاضر ، ولكنها لا تنشأ من اشتراطها على المنتفع عند ابتداء الانتفاع كما فى القانون الرومانى ، وإنما تلزمه بحكم القانون نفسه الذى جعل هذا الاشتراط ضمنيا فى جميع الأحوال .

٢ — حقوق الارتفاق الشخصية الأخرى

٣٣٧ — ١ . **حق الاستعمال** : (droit d'usage) هو حق عينى مقرر على مال الغير ، وشبيه بحق الانتفاع مع هذا الفارق ، وهو أن لصاحبه حق الاستعمال (jus utendi) دون حق الاستغلال (jus fruendi) . فليس لصاحب الحق أن يستثمر حقه ببيعه أو تأجيره ولا أن يتصرف فيه بالهبة لغيره ، لأنه حق متعلق بشخصه ومقصود به منفعته الخاصة . غير أنه من الصعب التفرقة بين الاستعمال والاستغلال فى حالة ما إذا كانت العين المقرر عليها الحق المذكور من الأشياء المثمرة (choses frugifères) . لذلك قضت بعض نصوص القانون الرومانى

بجواز تمتع صاحب حق الاستعمال بجزء من ثمرات العين المقرر عليها حقه ؛ وذلك بالقدر اللازم له ولأسرته ، حتى يكون لهذا الحق فائدة جدية [1] .

٣٣٨ — ٢ . **حق السكنى** (droit d'habition) : هو نوع من حق الاستعمال خاص بالمنازل ، ولذلك كان من الصعب التمييز بينهما ، إلا أن فقهاء الرومان فرقوا بينهما من الأوجه الآتية : (١) حق السكنى بخلاف حق الاستعمال لا يسقط بالموت المدنى أو بعدم الاستعمال ؛ (٢) صاحب السكنى ، وإن كان محروماً من التصرف فى حقه بدون عوض كهبته ، فان له الكسب منه ببيعه أو إجارته مثلا .

٣٣٩ — ٣ . **حق استخدام الرقيق أو الحيوانات المنزلية** (operae) :
وينشأ هذا الحق عادة بطريق الوصية لمنفعة الورثة من الأقارب وغالباً الزوجة وهو ، كالحق المتقدم ، يتميز عن حق الاستعمال من الوجهين المذكورين ، مضافاً إليهما انتقاله إلى ورثة الموصى به عند وفاته .

المبحث الثالث

فى طرق إنشاء حقوق الارتفاق أو اكتسابها

بعد أن درسنا تاريخ حقوق الارتفاق وأنواعها ، يصح أن نبين القواعد الخاصة بطرق اكتسابها . ذلك أن حق الارتفاق فى القانون القديم ، كحق الملكية ، كان لا بد لانشائه من طريقة خاصة بذلك ، ولا يكفى الاتفاق وحده لتحقيق الغرض المذكور ، ولم يستثن من هذه القاعدة سوى حقوق الارتفاق المقررة على العقارات الاقليمية ؛ غير أن هذه القاعدة قد تعدلت فى عصر جوستنيان ؛ لذلك سندرس :

أولاً — طرق اكتساب حقوق الارتفاق فى القانون القديم .

ثانياً — طرق اكتساب حقوق الارتفاق الخاصة بالعقارات الاقليمية .

ثالثاً — طرق اكتساب حقوق الارتفاق عموماً فى عصر جوستنيان .

---

(١) انظر فى حقوق من له حق الاستعمال كيك ، طبعة سنة ١٩٢٨ ، ص ٣٤٠ .

(أولاً) طرق اكتساب حقوق الارتفاق فى القانون القديم

يمكن إنشاء حق الارتفاق باحدى طريقتين : إما بطريقة مباشرة بأن يقرره المالك مباشرة على ماله لمنفعة غيره ، كأن يقرر الموصى فى وصيته حق الانتفاع على ماله لآخر أو يبيع حق المرور على أرضه لمنفعة جاره ؛ وإما بطريقة غير مباشرة بأن يحتفظ به المالك عند التنازل عن ملكه لشخص آخر ، كأن يبيع أرضه أو يوصى بعقاره إلى آخر مع الاحتفاظ بحق ارتفاق عليه لمصلحته أو لمصلحة ورثته ، أو لمصلحة عقار آخر له .

وتسمى الطريقة الأولى (translatio servitutes) ، أى نقل الحق إلى آخر ويقال للطريقة الثانية (deductio servitutes) ، أى الاحتفاظ بالحق أو نقصه من الملكية التى يتنازل عنها .

٣٤٠ — **انشاء حقوق الارتفاق بطريقة مباشرة** (translatio servitutes) يمكن أن يتم ذلك بأحد الأسباب الآتية :

١ — بالدعوى الصورية وذلك باستخدام دعوى الاعتراف (action confessoire) وهى الدعوى المقررة لحماية حقوق الارتفاق بصفة صورية . فيتقدم من يراد إنشاء حق الارتفاق لمصلحته مع المالك أمام الحاكم القضائى ، ويدعى الحق المراد تقريره ولا ينازعه المالك فى ادعائه ، فيؤيد الحاكم ذلك .

٣ — بالاشهاد بالنسبة لحقوق الارتفاق الزراعية التى تعتبر وحدها من الأشياء النفيسة ، فاذا لم يستعمل الاشهاد فى تقريرها ، لا تنشأ هذه الحقوق فى نظر القانون المدنى .

٤ — بحكم القاضى (adjudicatio) : فى دعاوى قسمة المشاع أو التركة أو فصل الحدود السابق الكلام عليها فى باب نقل الملكية بمعرفة السلطة القضائية فللقاضى فى الدعاوى المذكورة أن يقرر حق ارتفاق لأحد الخصوم على عقار الآخر .

يلاحظ على ما تقدم أن طرق اكتساب حقوق الارتفاق محدودة وأقل عدداً

من طرق اكتساب الملكية . فلا يجوز اكتساب حق الارتفاق باستعماله مدة معينة أو بطريق التسليم ؛ ذلك لأن حق الارتفاق على نقيض الملكية حق معنوى ، ومضى المدة أو التسليم يستلزم وضع اليد ، وهو لا يكون إلا على الأشياء المادية ، وحيث لا يمكن وضع اليد على حق الارتفاق ، فلا يمكن اكتسابه بمضى المدة ، أو نقله بطريق التسليم .

٣٤١ — **انشاء حقوق الارتفاق بطريقة غير مباشرة** (deductio servitutes) : وهو عبارة عن إنشاء حق الارتفاق تبعاً لنقل ملكية العين المراد تقرير حق الارتفاق عليها كما إذا قسم مالك ملكه إلى قطعتين باع إحداهما واحتفظ بالأخرى ، ولكنه يريد أن يقرر لمصلحة القطعة التى احتفظ بها حق ارتفاق كحق مرور مثلا على القطعة التى تصرف فيها ، فيشترط لمصلحته فى العقد الناقل للملكية حق المرور المذكور .

هذه الطريقة غير ممكنة ، كقاعدة عامة ، إلا إذا استخدم لنقل الملكية طريق من الطرق الرسمية كالوصية أو الاشهاد أو الدعوى الصورية .

(ثانياً) طرق اكتساب حقوق الارتفاق على الأراضى الإقليمية

٣٤٢ — **اكتساب حقوق الارتفاق الاقليمية بالاتفاق المصحوب بتعهد شفوى** (pactes et stipulations) : كانت الأراضى الاقليمية معتبرة من الأشياء غير النفيسة ، ولذا كان لا يمكن استخدام الاشهاد أو الدعوى الصورية لانشاء حقوق ارتفاق عليها ؛ إنما كان يمكن تقرير هذه الحقوق عليها بمجرد اتفاق الطرفين على تقريرها مع تعهد المالك بأن يمكن صاحب الارتفاق من استعمال حقه[1] .

---

(١) راجع كولينيه ، فى مجموعات الأبحاث ، (Travaux de Perozzi) ، الجزء الأول ص ١٦١ .

(ثالثاً) طرق اكتساب حقوق الارتفاق فى عهد جوستنيان

لم يبق من طرق القانون القديم سوى الوصية وحكم القاضى ؛ أما الاشهاد والدعوى الصوريه ، فقد زالا فى عصر الامبراطورية ، واستبدل بالاشهاد كطريقة غير مباشرة لانشاء حق الارتفاق التسليم ، واستبدل بالدعوى الصورية كطريقة مباشرة الاتفاق المصحوب بالتعهد الشفوى الذى عم تطبيقه بالنسبة لجميع الأموال بعد أن كان مقصوراً على الأراضى الاقليمية كما تقدم آنفاً .

هذا — وهو المهم — فقد أمكن اكتساب حق الارتفاق أيضاً بمضى المدة وبطريق التسليم الذى سمى فيما يتعلق بحقوق الارتفاق بشبه التسليم (quasi-traditio)

٣٤٣ — **شبه وضع اليد على حقوق الارتفاق** : وقد انتهى الأمر بفقهاء الرومان إلى تقرير إمكان وضع اليد على حق الارتفاق ، فكما أنه يجوز أن يضع شخص يده على ملك الغير بأن يظهر عليه بمظهر المالك ، يجوز أيضاً أن يظهر عليه بمظهر المنتفع أو صاحب حق المرور . وقد جاء ذلك نتيجة لحماية البريتور المنتفع فعلا بحق الارتفاق بنظام يشبه نظام أوامر وضع اليد ؛ فقد منحه أوامر خاصة فيما يتعلق بحقوق الارتفاق العينية ، وأوامر وضع اليد بطريق التوسع فيما يتعلق بحق الانتفاع .

وسمى وضع اليد فى هذه الحالة بشبه وضع لليد (quasi possessio) احتراما للتفريق القديم بين الأشياء المعنوية والأشياء المادية . وكان من نتيجة جواز اكتساب الارتفاق إجباريا بمضى المدة أن تقرر اكتسابه أيضاً اختياريا بشبه التسليم[١] .

٣٤٤ — **التقادم الخاص بحقوق الارتفاق** : ويكفى لاكتساب حق الارتفاق بمضى المدة استعماله فعلا المدة المقررة قانونا للتقادم ، وهى ١٠ أو ٢٠ سنة

---

(١) انظر مقال كولينيه «La tradition des servitudes dans le droit de Justinien» المنشور فى «Mélanges Cirard» ، الجزء الأول ، ص ١٨٥ — ١٩٨ .

على حسب الأحوال . بدون اشتراط السبب الصحيح أو حسن النية ، ولكن بشرط ألا يكون وضع اليد معيباً . أى ألا يكون خفيا أو مستنداً على القوة أو الاكراه .

٣٤٥ — **شبه التسليم كطريقة لانشاء حقوق الارتفاق** : يكون ذلك بتوافر أمرين :

١ — الاستعمال (usus) بمعنى أن يستعمل من يقرر له الارتفاق هذا الحق بالفعل .

٢ — وأن يترك المالك صاحب حق الارتفاق يستعمل حقه المذكور . لذلك كانت هذه الطريقة مقصورة على تقرير حقوق الارتفاق الايجابية .

المبحث الرابع

فى أسباب زوال حقوق الارتفاق

لما كان حق الارتفاق حقا عينيا مقرراً فى أغلب الأحيان على عقار ، فانه كقاعدة عامة حق أبدى أو دائم ما دام العقار ؛ ومع ذلك قد يسقط بأحد الأسباب الآتية :

٣٤٦ — ١ . **فناء أحد أركان الارتفاق** : لما كان الارتفاق حقا عينيا مقرراً لمنفعة شخص معين أو عقار على مال مملوك للغير فانه يزول بأحد الأمور الآتية :

(ا) بفناء الشخص أو العقار المقرر الارتفاق لمنفعته ؛ فينقضى بهلاك العقار المخدوم ، وبموت صاحب الارتفاق الشخصى أو بانقضاء شخصيته مع استثناء حق السكنى ولستخدام العبيد أو الدواب فهما لا يسقطان بالموت المدنى ؛ ويلاحظ أن الموت المدنى لا يترتب عليه هذا الأثر المسقط ابتداء من عهد جوستنيان بالنسبة لحقوق الارتفاق الشخصية الأخرى ، وهى حق الانتفاع والاستعمال ، إلا فى درجتيه القصوى والوسطى[1] .

(١) انظر جيرار ، طبعة سنة ١٩٢٩ ، ص ٤٠٣ .

(ب) بفناء المال المقرر عليه الارتفاق ، وذلك بزوال موضوع الحق مادياً أو قانونياً كتغطية البحر للعقار الخادم ، أو موت العبد المقرر عليه حق الانتفاع ، أو بتحويل العقار الخادم إلى مال عام أو شيء مقدس .

(حـ) باتحاد الذمة ، كما إذا تملك صاحب الارتفاق العين المقرر عليها حقه . تطبيقاً للقاعدة المشهورة بأنه لا يجوز أن يكون لشخص حق ارتفاق على ملكه (Nemini res sua servit) .

٣٤٧ — ٢ . **تنازل صاحب الحق** : قديماً كان لا يكفي التنازل وحده لسقوط حق الارتفاق ، بل كان يجب أن يتم التنازل بطريق رسمي عكسي لطريقة إنشائه . ثم قرر البريتور أن من تنازل عن حقه في الارتفاق لا يجوز له التمسك به ثانية ، بل يجوز دفع دعواه بطلب تثبيت حقه بدفع الغش (exceptio doli) .

٣٤٨ — ٣ . **حلول الأجل أو تحقق الشرط الفاسخ** : كان من الجائز توقيت حقوق الارتفاق الشخصية لأجل أو تعليقها على شرط فاسخ لأنها حقوق في ذاتها مؤقتة . أما حقوق الارتفاق العينية ، فكان حلول الأجل أو تحقق الشرط الفاسخ ، لا يترتب عليه زوالها طبقاً للقانون المدني . ولكن البريتور تدخل هنا أيضاً ، فمنح دفع الغش لضمان تنفيذ مثل هذا الاتفاق .

٣٤٩ — ٤ . **عدم استعمال الحق** : هل يسقط حق الارتفاق بعدم الاستعمال أو بعبارة أخرى إذا لم يستعمل صاحب الارتفاق حقه مدة من الزمن ، فهل يسقط حقه المذكور بالتقادم المسقط ؟

سبق أن بينا عند الكلام على خصائص الملكية أنها حق دائم لا يسقط بعدم الاستعمال ما لم يتملكه آخر بمضى المدة . أما فيما يتعلق بحقوق الارتفاق فيجب التفرقة بين أنواعها :

(ا) فحقوق الارتفاق العينية الزراعية وحق الانتفاع وحق الاستعمال تسقط بعدم الاستعمال ، والمدة اللازمة لسقوطها تطابق المدة اللازمة لتملك الأموال ، أى

سنة فى المنقول وسنتين فى العقار . هذا فى القانون القديم ، أما فى عصر جوستنيان فثلاث سنين فى المنقول و ١٠ أو ٢٠ سنة فى العقار .

(ب) أما حق السكنى وحق استخدام العبد والحيوان ، فانهما لا يسقطان بعدم الاستعمال ، فلصاحب حق السكنى فى أى وقت يشاء أن يدخل المنزل المقرر عليه حقه .

(حـ) وأما حقوق الارتفاق العينية البنائية ، فانها لا تسقط بمجرد عدم الاستعمال بل يجب أن يقوم صاحب العقار الخادم بعمل مضاد لحق الارتفاق كاحداث بناء يمنع من استعمال حق المطل ، وأن تمضى المدة القانونية على هـذه الحالة . وهذا مايسمى باكتساب الحرية للعقار الخادم بمضى المدة (usucapio libertatis) . وترجع هـذه التفرقة بين نوعى حقوق الارتفاق العينية إلى أن الأولى حقوق إيجابية ومتقطعة الاستعمال ، فهى تستلزم لاستعمالها قيام صاحب الحق بأعمال مادية إيجابية على العقار الخادم ، كالمرور وصيانة المسقى ، وهو لا يكون إلا فى أوقات متقطعة . ولذا كانت قرينة أو افتراض تنازل صاحب الارتفاق عن حقه تبدأ من آخر عمل من أعمال الانتفاع أجراه على العقار وتبدأ سريان مدة التقادم من هذا الوقت . أما الثـانية ، أى حقوق الارتفاق البنائية ، فهى سلبية ومستمرة بمعنى أنها لا تستلزم للانتفاع بها قيام صاحب الحق بأى عمل إيجابى على أرض الجار ، بل يستمر الانتفاع بها طالمـا لم يقم صاحب العقار الخادم على ملـكه بعمل مضاد يمنع من هذا الانتفاع . ولذا لا تبدأ قرينة تنازل صاحب حق الارتفاق عن التمسك بحقه إلا من هذا الوقت وهو الوقت الذى يبدأ فيه سريان مدة التقادم .

المبحث الخامس

فى وسائل حماية حقوق الارتفاق [1]

٣٥٠ — حمى القانون الرومانى حق الارتفاق ، أسوة بحق الملكية ، بدعوى عينية تابعة للقانون المدنى القديم تسمى (vindicatio servitutis) وتسمى الآن بدعوى الاعتراف (action confessoire) . وهى تشابه فى إجراءاتها دعوى الاسترداد مع الاختلافات الآتية :

١ — الفارق الأول يرجع إلى الفكرة القديمة الخاصة بعدم إمكان وضع اليد على الارتفاق . وهو أن دعوى الملكية لا يمكن رفعها إلا على الحائز ، أما دعوى الاعتراف بحق ارتفاق فلا يشترط فيها هذا الشرط ، بل يكفى أن يكون رافعها مدعيا حق ارتفاق وأن ينفى المدعى عليه هذا الحق .

٢ — الفارق الثانى يتعلق بسلطة القاضى . ذلك أن الدعوى بحق ارتفاق ، كدعوى الاسترداد ، كانت دعوى تحكمية . إلا أن أمر القاضى كان يختلف فى الدعويين ، فبينما يكون دائما بالرد أو بدفع القيمة فى دعوى الاسترداد كما قدمنا آنفا ، يكون فى الغالب بالزام المدعى عليه فى دعوى الاعتراف على التعهد بواسطة ضمان بألا يتعرض لصاحب حق الارتفاق فى استعمال حقه ، وقد يكون ، وهذا فى أحوال نادرة ، برد الشىء إلى أصله ، كاعادة المجرى الذى هدم أو هدم البناء الذى سد المنظر على صاحب حق المطل .

---

(١) انظر مقال (Buckland) «The protection of servitudes» المنشور فى مجلة (Law Quaretrly Review) سنة ١٩٣٠ ، ص ٤٤٧ — ٤٦٤ .

الفصل الثانى

فى الحقوق العينية الأخرى

لا تنشأ هذه الحقوق العينية من طرق خاصة ، بل هى نتيجة اتفاقات تحصل بين المتعاقدين ، وتقرب كلها ما عدا الرهن غير الحيازى من عقد الاجارة .

٣٥١ — *عقد الاجارة لمدة قصيرة* : الاجارة معروفة فى القانون الرومانى منذ العصر العلمى . ولا ينشأ عنها ، كقاعدة عامة ، أى حق عينى ، بل هى منشئة لالتزامات فقط بين المتعاقدين . فالمؤجر يلزمه تسليم الشىء المؤجر ، والمستأجر يلزمه دفع الأجرة . وليس للمستأجر حق عينى . وقد جرى العرف فى روما على تأجير الأراضى لمدة خمس سنين جرياً وراء عرف حكام الرومان الذين كانوا يتولون تأجير أراضى الدولة للمدة المحدودة بها ولايتهم ، وهى خمس سنوات . وكانت عقود الاجارة حتى نهاية عهد الجمهورية قصيرة الأجل .

٣٥٢ — *ظهور اجارات لآجال طويلة ومنشئة لحقوق عينية* : كان من آثار الفتوح الرومانية أن ظهرت أملاك شاسعة تستدعى لاستغلالها أساليب جديدة وآجالاً طويلة لاجارتها . فكان من نتيجة ذلك أن ظهرت اتفاقات من نوع جديد ترتب للمستأجر حقا عينيا على الأراضى المؤجرة إليه .

١ — نظام الاستقرار (La superficie)[1]

٣٥٣ — نشأ هذا النظام من العرف الذى جرت عليه الدولة — التى كانت

---

(١) راجع كيك ، طبعة سنة ١٩٢٨ ، ص ٣٢٥ — ٣٥٥ و (Hajje) فى رسالته « Etude sur les locations à long terme et perpetuelles » باريس سنة ١٩٢٦ ، ص ١٣٢ — ١٣٥ ، ص ١٥٨ — ١٥٩ .

نصبح طبقاً للقواعد العامة مالكة للمبانى المقامة على أراضيها العامة — بترك هذه المبانى لبانيها على سبيل الاجارة لمدة لا نهاية لها ما داموا يدفعون لها جعلا سنويا يقال له (salarium) . مثال ذلك المبانى التى كان يقيمها الصيارفة لمباشرة عملهم على الأملاك العامة للدولة فى الأسواق والميادين .

هذا النظام كان متبعاً أيضاً فى البلديات التى كانت تؤجر للأفراد لمدة طويلة أرضاً فضاء للبناء عليها .

وأخيراً اقتبسه الأفراد فى معاملاتهم العقارية منذ العصر الجمهورى .

وقد تدخل البريتور لتنظيم الاجارات الأخيرة ، أى المتعلقة بمعاملات الأفراد فيما بينهم ، باجراءين متتابعين كان من أمرهما أن تميز حق الاستقرار عن حق المستأجر العادى . ذلك أنه منح صاحب حق الاستقرار أمراً (interdit de superficie) لدفع كل تعرض من الغير له فى استعماله لحقه نقلا عن أمر دفع العرض (interdit uti pssidetis) الممنوح لواضع اليد . ثم وعده فى منشوره بمنحه ، كلما دعت الضرورة ذلك ، الدعاوى الأخرى التى قد يحتاج إليها وبالأخص دعوى لاسترداد العين المقرر عليها حقه من يد أى شخص كان حتى من يد المالك ذاته أو أحد خلفائه . ومنحه كذلك دعاوى مقررة على نمط دعاوى الانكار والاعتراف .

وكان من أثر ذلك أن اعتبر حق الاستقرار من الحقوق العينية ، وجعل لصاحبه الحق فى التصرف فيه بعد وفاته أو حال حياته ، وفى رهنه أو تقرير حقوق ارتفاق عليه ، أو اكتساب حقوق ارتفاق لمنفعة العين المقرر عليها حقه .

إلا أن هذا لم يمنع من احتفاظ هذا النظام ببعض أحكام ترجع إلى صفته الأولى باعتباره عقد إجارة . فكما أن عقد الاجارة عقد رضائى يتم بمجرد الاتفاق فكذلك حق الاستقرار وهو حق عينى ينشأ بالاتفاق المجرد ، وهو كعقد الاجارة يتضمن حتما مقطوعا معينا (salarium) يجب دفعه إلى المالك ، وينقضى كالاجارة أيضاً بهلاك العقار وبعدم دفع الأجرة أو الأتاوة خلال عامين .

٢ — إجارة الأراضى الخراجية (Conductio agri vectigalis)

٣٥٤ — وفى أوائل الامبراطورية ظهر نظام آخر بالنسبة للأراضى الصالحة للزراعة المملوكة للدولة أو للمدن أو للأوقاف والجماعات الدينية . وهو استئجار الأراضى المذكورة لمدة لا نهاية لها أو لأجل بعيد (لمائة سنة أو أكثر) مع دفع خراج (ضريبة سنوية) للمالك .

هذه الاجارات ، كعقد الاجارة العادية ، كانت تنعقد بمجرد التراضى ، وكانت تتضمن دفع جعل معين وتخضع كقاعدة عامة للأحكام العادية للاجارة .

ولكن لمدتها الطويلة قد جعل للمنتفع بها مركز خاص متميز عن مركز المستأجر العادى . فهو كالمالك يكتسب الثمرات بانفصالها لا بجنيها كما هو الحال بالنسبة للمستأجر . ويتمتع بأوامر وضع اليد (interdits possessoires) . وقد منحه البريتور ، عدا هذه الأوامر ، دعوى عينية على نسق دعوى الاسترداد ، مما دعا إلى اعتبار حقه من الحقوق العينية ينتقل إلى ورثته بعد وفاته ويجوز له التصرف فيه حال حياته وتقرير حقوق عينية عليه كرهن أو ارتفاق .

أما أراضى الأفراد والامبراطور فقد بقيت خاضعة فى العصر العلمى لقواعد الاجارة العادية مهما طالت مدة إيجارها .

٣ — نظام الحكر (Emphytéose)

٣٥٥ — ثم ظهر بجانب النظام المتقدم نظام ثالث عرف فيما بعد بالحكر . وهو نظام مستمد من التقاليد اليونانية بالنسبة للأراضى الموات أى غير الصالحة للزراعة تؤجر لمدد طويلة بقصد إحيائها وغرسها وزراعتها فى مقابل جعل زهيد يسمى « قانون » (canon) . وكان هذا النظام فى الأصل مقصوراً على أموال الامبراطور ثم جرى الأفراد على استخدامه أيضاً فيما بينهم قبل عهد جوستنيان بقليل . يؤيد ذلك قانون للامبراطور (Zénon) (٤٧٤ — ٤٩١ م) قصد من إصداره حل

الخلاف الذى قام بين فقهاء الامبراطورية على طبيعة هـذا الاتفاق ، أهو بيع أم إجارة ، وذلك باعتباره عقدا مستقلا بذاته (sui generis) ، يجب فيه الفرض (canon) المعين فى الاتفاق بالرغم من هلاك العقار جزئيا ويسقط فى حالة الهلاك الـكلى .

٤ — إصلاحات جوستنيان

٣٥٦ . وقد أدمج جوستنيان النظامين الأخيرين فى نظام واحد سماه بالحـكر (emphytéose) ، سواء أكان على أرض صالحة للزراعة أم غير صالحة وسـواء أكان على أراضى الدولة أم الأفراد . وصارت له صفات حق الاجارة على الأراضى الخراجية من حيث أنه حق عينى ينتقل إلى ورثة صاحب الحـكر ويصح التصرف فيه وتحميه دعوى الاسترداد والأوامر . وأضاف إلى الأحكام المتقدمة أحكاما جديدة ، منها أنه يسقط بعدم أداء الضريبة (canon) مدة ثلاث سنوات ، وأنه يجب على صاحب الحـكر إذا أراد بيع حقه أن يخطر المـالك حتى يختار فى مدة شهرين أخذ الأرض لنفسه بالثمن المعروض أو المصادقة على البيع واقتضاء ٢ ٪ من الثمن .

ويرى بعض الباحثين أن هذا الحـكر ، كما هذبه جوستنيان ، هو أصل النظام الاقطاعى الذى ساد خلال القرون الوسطى فى أوربا ، حيث استبدلت بالضريبة النقدية خدمات حربية يؤديها صاحب الحـكر فى صفوف المالك .





